Die

Mängelhaftung des Vermieters

nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Leistikow

Gerichts-Referendar in Magdeburg.

[illegible]

Approbiert am 28. Juli 1908.

Magdeburg.

Pansa'sche Buchdruckerei (H. Otto)

1908.

71

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen Eltern

zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0059

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Einleitung 1
2. Gedankengang der Disposition 2

I. Teil.

A. Verpflichtungen des Vermieters aus dem Mietvertrage 3
B. Begriff und Arten der Mängel 5
1. Vorbemerkung 5
2. Sachmängel 5
a) Allgemeines 5
b) Gesetzliche Voraussetzungen 6
α) Eigentliche Fehler 7
β) Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften 7
3. Rechtsmängel 10
4. Unberechtigte Eingriffe Dritter 12
5. Sonstige Mängel, die ausserhalb der Sache liegen . . 13

II. Teil.

A. Haftung des Vermieters beim Vorhandensein von Mängeln 14
Vorbemerkung 14
1. Verpflichtung des Vermieters zur Beseitigung des Mangels 14
a) Allgemeines 14
b) Juristische Natur des Anspruches auf Beseitigung des Mangels 17
c) Beweislast 17
2. Das Recht des Mieters auf Befreiung und Minderung des Mietzinses 17
a) Vorbemerkung 17
b) Das Recht auf Befreiung und Minderung des Mietzinses beim Vorhandensein von Sachmängeln 18

Seite

c) Das Recht auf Befreiung und Minderung des Mietzinses beim Vorhandensein von Rechtsmängeln 19
d) Das Recht auf Befreiung und Minderung des Mietzinses beim Vorhandensein von unberechtigten Eingriffen Dritter und sonstigen, ausserhalb der Sache liegenden Mängeln 21
e) Juristische Natur des Rechtes auf Mietzinsbefreiung und -minderung 22
f) Beweislast 24
g) Berechnung der Minderung des Mietzinses . . . 26
3. Die Verpflichtung des Vermieters zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung 28
a) Die gesetzlichen Voraussetzungen 28
b) Juristische Natur des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung 38
c) Beweislast 38
4. Verpflichtung des Vermieters zum Ersatze der erforderlichen Auslagen bei Selbstbeseitigung von Mängeln durch den Mieter 38
a) Die gesetzlichen Voraussetzungen 38
b) Juristische Natur des Rechtes des Mieters auf Erstattung der Verwendungen 40
c) Verhältnis des Rechtes aus § 538, Abs. 2 BGB., zu dem aus § 538, Abs. 1 BGB. 40
5. Das sofortige Kündigungsrecht des Mieters 41
a) Die gesetzlichen Voraussetzungen 41
b) Juristische Natur des Kündigungsrechtes 47
c) Beweislast 50
d) Das sofortige Kündigungsrecht bei gemeinsamer Vermietung mehrerer Sachen 52
e) Das sofortige Kündigungsrecht des Mieters aus § 544 BGB. 54
B. Verhältnis der Rechte des Mieters zu einander . . 56
1. Verhältnis der Rechte aus den §§ 537/38 zu den aus §§ 535/36 BGB. 56
2. Verhältnis des Rechtes aus § 538 zu dem aus § 537 BGB. 56
3. Verhältnis des Rechtes aus § 542 zu denen aus den §§ 537, 538, 536 BGB. 58
C. Verjährung der Rechte des Mieters 60

III. Teil.

Seite

Vorbemerkung 61

A. Ausschluss der Haftung des Vermieters durch Vereinbarung 61

1. Allgemeines 61
2. Beweislast 63

B. Ausschluss der Haftung des Vermieters durch das Gesetz 63

1. Verschulden des Mieters 63
2. Die sonstigen gesetzlichen Ausschliessungsgründe der Haftung des Vermieters 64

a) Vorhandensein der Mängel zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages 65

α) Kenntnis des Mangels 65

β) Grobfahrlässige Unkenntnis 67

aa) Ausschluss der Haftung des Vermieters bei Sachmängeln 67

bb) Ausschluss der Haftung des Vermieters bei Rechtsmängeln 69

γ) Vorbehaltlose Annahme der Mietsache durch den Mieter 69

b) Ausschluss der Haftung des Vermieters bei Mängeln, die sich erst im Laufe der Mietzeit zeigen 70

Ausnahmen von dieser Regelung 73

α) Stellung des § 544 BGB. 73

β) Weitere Ausnahmen 74

Litteraturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermayer usw.

Arnold, Karl Friedrich, Die Wohnungsmiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Auflage, München 1900.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearbeitet von Bolze, Leipzig, Brockhaus.

Borcherdt, H., Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des Allgemeinen Landrechts, Breslau 1899.

Brinz, Alois, Lehrbuch der Pandecten, 2. Auflage, Erlangen, Bd. II, 1882.

Brückner, Hermann, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Auflage, Leipzig, 1902.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des deutchen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Auflage, Jena 1903. Bd. I.

Crome, Karl, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Tübingen und Leipzig 1902, Bd. I und II.

Crome, Karl, Partiarische Rechtsgeschäfte.

Dernburg, Heinrich, Das bürgerliche Recht, Bd. II, Schuldverhältnisse, 3. Auflage, Halle a. S. 1905.

Dernburg, Heinrich, Pandecten, Auflage 7, 1902.

Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein, Staub. Berlin.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Auflage, Berlin 1903.

Enneccerus, L., und Lehmann, H. O., Das bürgerliche Recht, Bd. I und II; 2. Auflage 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Leipzig.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz in Verbindung mit Ebert und Schneider, herausgegeben von Otto Fischer und Wilhelm von Henle, 6. Auflage 1904, München.

Fränkel, Arnold, Das Miet- und Pachtrecht nach dem BGB. zum praktischen Gebrauch bearbeitet, Berlin 1897.

Fuld, Ludwig, Dr., Das Mietrecht nach dem BGB., Leipzig 1898.

Goldmann, E., und Lilienthal, L. Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, I. Bd., 2. Auflage. Berlin 1903.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot, Berlin.
Haidlen, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Bd. 1, Stuttgart 1897.
v. Hippel, Göttinger Festgaben für Regelsberger, 1901.
Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Gerber, Jhering, Unger usw.
Jahrbuch des deutschen Rechts, unter Mitwirkung zahlreicher und namhafter Juristen in Verbindung mit A. Brückmann und Th. Olshausen, herausgegeben von Dr. Hugo Neumann, Berlin.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins, herausgegeben von Klempner.
Krahmer, Horst, Gegenseitige Vorträge, Studien zur Systematik des Reichsrechts, Halle a. S. 1904.
Kuhlenbeck, Dr. L., Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwalt-Vereins, Bd. 1, Auflage 2, 1903.
Kuhlenbeck, Dr. L., Von den Pandecten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, Teil I—II, 1898—99.
Lehmann, K., und Ring, V., Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1902; Bd. II, 1901. Berlin.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, Berlin 1898.
Liszt, Friedrich v., Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
Litten, Fritz, Die Wahlschuld, 1903.
Litten, Fritz, Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Kausalität im Rechtssinne, Berlin 1905.
Langheineken, P., Anspruch und Einrede, 1903.
Matthiass, B., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Auflage 3, Berlin 1900.
Mittelstein, Max, Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reiches, Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Neumann, Hugo, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. I, 2. Auflage, 1900.
Niendorff, O., Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, Berlin 1907.
Oertmann, Dr. Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1906.

Paech, Leistungsverzug, eine Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902.
Pascatore, Die Wahlschuldverhältnisse, 1905.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert vom Wirkl. Geh. Rat Prof. Dr. G. Planck, in Verbindung mit Achilles usw., Bd. I, Auflage 3, 1903; Bd. II, Aufl. 3, 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Berlin 1897.
Rehbein, H., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, II. Bd., Berlin 1903.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, Hannover.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Magdan und Falkmann, Leipzig.
Romeick, Zur Technik des BGB.: I. Fristbestimmung, 1901.
Schollmeyer, Fr., Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 1900.
Schröder, J. U. Gewährleistung für Sachmängel beim Kaufe, 1903.
Staub, Hermann, Kommentar zum Handelsgesetzbuche, 8. Auflage, Berlin 1907.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetz,
II. Bd., Abt. a, erläutert von Ludwig Kuhlenbeck, 2. Auflage, München 1906.
II. Bd., Abt. b, erläutert von Kober und Engelmann, 2. Auflage, München 1906.
I. Bd., erläutert von Löwenfeld und Riezler, 2. Auflage, München 1904.
Stölzel, Adolf, Schulung für die zivilistische Praxis, I. Teil, 7. Auflage, Berlin 1906.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.
Tumpowsky, Dr. Adolf, Der Mängelanspruch des Mieters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Leipzig 1902.
Vogel, J., Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB., 1897.
Weyl, Richard, System der Verschuldensbegriffe im BGB., München 1905.
Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts, Bd. II, 8. Auflage, unter vergleichender Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechts bearbeitet von Dr. Theodor Kipp, Frankfurt a. M. 1900.

1. Einleitung.

Die juristische Natur und Eigenart des Mietvertrages, als einer entgeltlichen Gebrauchsüberlassung von Sachen auf Zeit, erforderte eine besondere Regelung der Haftung des Vermieters für Mängel der vermieteten Sache.

Das BGB. geht bei dieser Regelung von zwei Grundgedanken aus:

einmal von der Erwägung, daß das Verpflichtetsein des Vermieters ein über einen gewissen Zeitraum hin dauerndes ist, so daß während dieser Zeit eine ständige Leistungsbereitschaft, ein fortwährendes Angespanntsein des Vermieters stattfindet; daraus ergibt sich die Konsequenz, daß der Vermieter nicht nur für Mängel einzustehen hat, die beim Abschlusse des Vertrages vorhanden waren, sondern auch für solche, die erst nach Abschluß des Mietvertrages entstehen.

Zweitens war der Gedanke maßgebend, daß beim Vorhandensein von Mängeln der vermieteten Sache ein Ausgleich zwischen dem mit dem Zustande und den Eigenschaften der Sache vertrauten Vermieter und dem hiermit nicht bekannten Mieter zugunsten des letzteren zu treffen sei, da es Sache des Vermieters sei, eine Sache, die er vermieten will, genau zu kennen, während nicht verlangt werden könne, daß der Mieter eine Kenntnis der Sache besitze oder sich aneigne. Die Konsequenz dieser Betrachtung ist die, daß der Vermieter für Mängel einzustehen hat, auch wenn ihn kein Verschulden trifft. Daß im Falle eines Verschuldens seinerseits seine Haftung verschärft wird, steht dem nicht entgegen.

Modifizierend im Sinne einer Lockerung der Haftung des Vermieters greifen dann die Vorschriften über Annahme der Sache seitens des Mieters trotz Kenntnis des Mangels oder bei grobfahrlässiger Unkenntnis usw. ein.

Eine einzige Ausnahme ist hier aus sozialpolitischen Erwägungen[1]) gemacht bei der Statuierung des sofortigen Kündigungsrechtes aus § 544 im Falle der Gesundheitsschädlich-

1) Protokolle II, S. 230 ff. Nr. VI.

keit von gemieteten Räumen; hier hebt die Kenntnis des Mangels oder der Verzicht auf die Geltendmachung der Rechte seitens des Mieters die Haftung des Vermieters nicht auf.

Die Normen über die Mängelhaftung des Vermieters werden z. T. in der Litteratur als eine besondere Regelung der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung aufgefaßt.[1])

Ich möchte mich dieser Ansicht nicht anschliessen, da eine mangelhafte Leistung durchaus keine unmögliche zu sein braucht, sondern höchstens eine unvollständige. Selbst wenn der Mangel so erheblich ist, daß er einem Nichterbringen der Leistung gleich kommt, so wird es doch immer darauf ankommen, worauf die mangelhafte Erfüllung beruht, ob auf einem Nichtleistenwollen oder Nichtleistenkönnen. Denn von einer Unmöglichkeit kann man doch erst dann reden, wenn der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu erbringen. Wenn der Schuldner dagegen die Leistung in fehlerfreiem Zustande nicht erbringen will, so wird hierin vielfach ein Verzug zu erblicken sein.

Es kann demnach eine mängelbehaftete Leistung hinsichtlich ihrer Qualifizierung nach allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten ganz verschieden angesehen werden.

2. Gedankengang der Disposition.

Im Interesse der Übersichtlichkeit der Darstellung wird es erforderlich sein, den Begriff und Umfang des Themas in großen Zügen festzustellen und die Disposition kurz zu skizzieren.

Es soll nach einer gedrängten Darstellung der allgemeinen Verpflichtungen des Vermieters zunächst untersucht werden, für welche Arten von Mängeln der Vermieter einzustehen hat, und nachdem sich vier Kategorien von Mängeln ergeben haben, im zweiten Teile erörtert werden, welche Rechtsfolgen aus dem Vorhandensein solcher Mängel für den Vermieter resultieren, beziehungsweise welche Rechte dem Mieter in solchem Falle zustehen, und welche sonstigen Voraussetzungen vorhanden sein müssen; dann soll die Frage erörtert werden, in welchem Verhältnisse die Mängelrechte des Mieters zu einander stehen. Der dritte Teil endlich wird sich mit der Frage beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen die Haftung des Vermieters ausgeschlossen wird.

1) So Tumpowsky, S. 24.

I. TEIL.

A. Verpflichtungen des Vermieters aus dem Mietvertrage.

Zunächst ist voranzuschicken, daß Mietverträge nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches nur über Sachen geschlossen werden können, d. h. über körperliche Gegenstände, § 90 BGB., daß dagegen Rechte, im Gegensatz zu der Regelung im Allgemeinen Landrecht, nicht Gegenstand der Miete sein können. Die vermieteten Sachen können sowohl Grundstücke, als bewegliche Sachen sein.

Auch bloße Teile einer beweglichen oder unbeweglichen Sache sind geeignet, vermietet zu werden.[1])

Wohnräume und andere Räume unterliegen den Vorschriften über die Miete von Grundstücken; § 580 BGB.

Die Verpflichtungen, die für den Vermieter aus dem Mietvertrage entstehen, werden in den §§ 535, 536 BGB. normiert.

§ 535 lautet:

„Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Dauer der Mietzeit zu gewähren. (Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten.)“

§ 536 lautet:

„Der Vermieter hat die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten.“

Die Hauptverpflichtung des Vermieters besteht demnach darin, dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der vermieteten Sache für die Dauer der Mietzeit zu gewähren.

Der Ausdruck „gewähren“ ist vom Gesetze gebraucht, um auszudrücken, daß die Vermieter zu einem positiven Tun, nicht zu einem bloßen Dulden verpflichtet ist.[2]) Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß der Vermieter in allen Fällen dem Mieter

1) Staudinger II, 2, zu § 535 Nr. B, I a.
2) Mot. II, S. 369.

die Sache zu übergeben oder zu liefern habe; dies würde zu Unzuträglichkeiten für ihn führen. Vielmehr ist darunter zu verstehen eine „tatsächliche Bereitstellung zum Gebrauche“.[1])

Der Vermieter hat danach dem Mieter die Sache in der Weise zur Verfügung zu stellen, daß dieser den Gebrauch von ihr machen kann.

Das zweite, für den Umfang der Verpflichtungen des Vermieters wichtige Moment ist der Begriff des „vertragsmäßigen Gebrauches“.

Unter dieser Determination des Gesetzes ist etwas anderes zu verstehen als unter der des gewöhnlichen Gebrauches der Kaufsache. Der Unterschied beruht darauf,[2]) daß eine Sache verschiedenen Gebrauchszwecken dienen kann, bei der Miete aber zu einem bestimmten Gebrauch überlassen werden soll. Nach diesem Zwecke richten sich Beschaffenheit und Eigenschaften der Sache.

Danach kann unter Umständen der vertragsmäßige Gebrauch mit dem gewöhnlichen Gebrauche identisch sein; in den meisten Fällen aber wird das Erfordernis des vertragsmäßigen Gebrauches ein schärferes Anspannen der Leistungspflicht des Vermieters bedeuten. Andrerseits kann der vertragsmäßige Gebrauch unter Umständen hinter dem gewöhnlichen Gebrauche zurückbleiben.[3]) Möglich ist ferner, daß die Bedürfnisse des Mieters nach dem Vertragsschlusse wechseln. Diese Steigerung muß dann berücksichtigt werden, wenn sie durch die Zwecke des Mietvertrages umfaßt wird und nach dem Abschluß des Mietvertrages hervortritt.[4]) Unverhältnismäßige Opfer können vom Vermieter nicht verlangt werden.[5])

Es wird sich demnach der Begriff des vertragsmäßigen Gebrauches dahin fixieren lassen, daß darunter der besonders vereinbarte oder dem erkennbaren Zwecke des Vertrages entsprechende Gebrauch zu verstehen ist. Im Einzelfalle wird die Entscheidung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, unter Berücksichtigung von Verkehrsverhältnissen und örtlichen Gebräuchen und nach dem Prinzip der Erforschung des wahren Parteiwillens zu treffen sein.

---

1) Endemann Bd. I, § 168, Nr. 1. Ähnlich Planck II, zu § 535, Nr. 2. Goldmann-Lilienthal I, § 153, Nr. 1. Tumpowsky S. 3.

2) Goldmaun-Lilienthal I, § 153, Nr. 2, Anm. 8.

3) Schröder S. 19.

4) Dernburg II, 2 § 217, Anm. 1, S. 187.

5) ERG. 37, S. 218. VI. Zivilsen. Urt. vom 30. 1. 1896.

Der § 536 BGB. interpretiert nun den § 535 dahin, daß der Vermieter die Sache während der ganzen Mitzeit im vertragsmäßigen Zustande zu erhalten hat, so daß also seine Leistungsverpflichtung in jedem Augenblick besteht.

B. Begriff und Arten der Mängel.

1. Vorbemerkung.

Da, wie oben festgestellt ist, Gegenstand der Miete nur Sachen sein können, so können als Mängel also nur solche in Betracht kommen, die körperlichen Gegenständen anhaften.

Es ergeben sich hier vier Kategorien von Fehlern und zwar

Sachmängel;
Rechtsmängel;
Unberechtigte Eingriffe Dritter;
Sonstige Mängel.

Zwar erwähnt das Gesetz in den §§ 537 und 541 nur die beiden ersten Arten von Fehlern, indessen ergibt sich aus der Erwägung, daß beim Vorhandensein von Fehlern der beiden letztgenannten Arten ein Verstoß des Vermieters gegen die Erfüllung seiner Pflichten aus den §§ 535, 536 BGB. vorliegt, daß das Gesetz das Dasein solcher Mängel berücksichtigt hat, und daß das Vorhandensein derartiger Mängel bestimmte Rechtsfolgen nach sich zieht.[1])

Die Trennung in Sach- und Rechtsmängel, die zuerst das römische Recht für den Kauf gemacht hat,[2]) ist zwar vom Gesetz bei der Miete nicht so strikte betont, soll aber wegen der größeren Übersichtlichkeit, ferner auch wegen der teilweisen Verschiedenheit der Regelung der Rechtsfolgen festgehalten werden.

2. Sachmängel.

a) Allgemeines.

Den Begriff des Mangels festzustellen hat das Gesetz unterlassen, jedoch kaum in der Absicht, der Wissenschaft diese Aufgabe zu übertragen, da denn auch diese schwerlich in der Lage wäre, eine überall gültige Formulierung des Mängelbegriffes für den Einzelfall zu finden. Nur die allgemeinen Momente und Voraussetzungen können von der Wissenschaft

1) Näheres siehe unten Seite 14 f.
2) Endemann § 161, Anm. 1. Brinz, Pandecten II, § 327. Dernburg, Pandecten II, § 100.

festgestellt werden; die Entscheidung im Einzelfalle zu treffen, ist notwendig Sache der Verkehrsanschauung[1]), da nur diese die mannigfache Verschiedenheit wirtschaftlicher Interessen und örtlicher Verkehrsgebräuche berücksichtigen kann.

Allgemein läßt sich feststellen, daß ein Fehler immer in einem minus gegenüber der normalen oder zum vertragsmäßigen Gebrauche vorausgesetzten Beschaffenheit der Sache bestehen muß,[2]) ohne daß dieses minus körperlicher Natur zu sein braucht.[3]) Daraus ergibt sich, daß ein Fehler niemals qualitativ oder quantitativ so intensiv sein darf, daß er die Identität der Sache verändert; die Lieferung einer anderen als der vertraglich vereinbarten Sache kann sich dennoch niemals als ein Mangel darstellen.[4]) Wohl aber kann ein minus in der Quantität der Leistung unter Umständen sehr wohl einen Mangel im obigen Sinne bedeuten.[5]) Es richtet sich dies ganz nach den Zwecken des vorliegenden Vertrages.

b. Gesetzliche Voraussetzungen.

Hat das Gesetz auf eine allgemeine Definition des Mängelbegriffes verzichtet, so verlangt es dafür im § 537 BGB. gewisse Voraussetzungen, die, ganz abgesehen von dem Wesen des einzelnen Fehlers, jedenfalls in seinen Wirkungen vorhanden sein müssen.

Es stellt nämlich die Forderung auf, daß der Mangel die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern müsse.

Das Gesetz hat hier das Moment der Erfüllung des individuellen Zweckes des einzelnen Vertrages aufgenommen, ohne einen allgemeinen Maßstab für eine „gewöhnliche Tauglichkeit“ aufzustellen. Vielmehr will es betonen, daß die Grenze der Tauglichkeit beweglich ist und sich je nach den Zwecken des konkreten Vertrages und den Bedürfnissen der Parteien verschiebt. Der Grund dieser besonderen Regelung ist im Wesen der Miete zu suchen.[6]) Es wird demnach das Erfordernis des „vertragsmäßigen Gebrauches“ im Einzelfalle den Maßstab abgeben für die rechtliche Relevanz des Fehlers und seine Geeigentheit, Rechtsfolgen nach sich zu ziehen.

1) Schröder S. 14. Cosack I, § 127, I, S. 438.
2) Schröder S. 14|15. Endemann I, § 161, Anm. 3, S. 984. Oertmann zu 459, Nr. 4, S. 365
3) Oertmann zu § 537, Nr. 1 S. 480. Staudinger II, 2, zu § 537, Nr. II, 2.
4) Endemann I, § 161, Anm. 3, S. 984. Schröder S. 15.
5) Schröder S. 15, Motive II, § 388, S. 233, vergleiche § 537, Absatz II, Satz 2, BGB.
6) Motive II, S. 373.

Was unter dem Erfordernisse des vertragsmäßigen Gebrauches zu verstehen ist, ist oben[1]) bereits auseinandergesetzt.

Nach dem allen besteht eine enge Verbindung zwischen den §§ 537 ff. einerseits und den §§ 535, 536 andrerseits, und zwar, wie Tumpowsky[2]) gegenüber Staudinger[3]) richtig bemerkt, dahin, daß alle Mängel aus § 537 auch die Voraussetzungen der §§ 535, 536 erfüllen, nicht aber umgekehrt alle Vertragsverletzungen aus den §§ 535, 536 unter § 537 fallen, d. h. sich als Mängel darstellen, die die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern. Diese Unterscheidung wird insbesondere später wichtig werden bei Erörterung der Rechte des Mieters im Falle des Vorhandenseins von Mängeln und Verletzungen aus den §§ 535, 536.

Die Mängel des § 537 können nun sein

α) eigentliche Fehler.

Das sind Abweichungen von der zum vertragsmäßigen Gebrauche erforderlichen Beschaffenheit der Ware, welche ihre Brauchbarkeit aufheben oder mindern; ein Zurückbleiben der Mietsache hinter der vertragsmäßig erforderlichen Beschaffenheit von Stücken der fraglichen Art oder hinter einem zum vertragsmäßigen Gebrauche konkret geeigneter Stücke.[4])

β) Nichtvorhandensein
zugesicherter, positiver Eigenschaften und Vorzüge.

Der Gleichstellung der zugesicherten Eigenschaften mit Sachmängeln im Absatz 2 des § 537 liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Eigenschaft der Mietsache, die sich der Mieter ausdrücklich zusichern ließ, regelmäßig im Sinne des Vertrages für die Tauglichkeit der Sache belangreich sei, selbst wenn sie objektiv belanglos sein kann.[5])

Der Begriff der Zusicherung ist streitig. Bestritten ist zunächst, ob Zusicherung und Angabe mit einander identisch seien.[6])

Diese Unterscheidung die ihrem Ursprunge nach dem römischen Rechte angehört, muß auch jetzt noch als dem Wesen der Sache, den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragend

---

1) Seite 4.
2) Tumpowsky S. 8.
3) Staudinger II, 2 zu § 537, II, 2a.
4) Oertmann zu § 537 Nr. 1; zu § 459, Nr. 1.
5) Staudinger II, 2 zu § 537, II, 2 b, *α*.
6) Oertmann zu § 537, Nr. 1; § 459, Nr. 5. Planck II, zu § 459, Nr. 2 a. Schröder S. 80; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte § 40, S. 288.

angesehen werden, zumal da auch die Interpretation des Gesetzeswortlautes dafür spricht.

Nicht jedes Versprechen einer Eigenschaft seitens des Vermieters bedingt seine Haftung aus dem Gesichtspunkte der Zusicherung; vielmehr ist dazu nur die Garantieübernahme imstande, d. h. ein besonders, in rechtsverbindlicher Absicht abgegebenes Gewährleistungsversprechen.[1]) Es kann demnach weder einer beim Abschluß des Vertrages gegebenen Erklärung des Vermieters, die Sache habe die und die Eigenschaften, noch den Anpreisungen, die zum Zwecke der Reklame und der Anreizung des Publikums gemacht werden, der Charakter der Zusicherung zukommen.[2]) Unter die Zusicherung einer Eigenschaft fällt auch die der Abwesenheit eines Fehlers,[3]) denn die Zusage des Nichtvorhandenseins eines Fehlers bedeutet auf der anderen Seite das Versprechen einer bestimmten Beschaffenheit, eines besonderen Zustandes der Mietsache, mithin indirekt des Vorhandenseins gewisser Eigenschaften.

Streitig ist ferner die rechtliche Natur der Zusicherung.

Nach der einen Theorie ist sie eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung; nach der andern ist zu ihrer Wirksamkeit ein Vertrag erforderlich.[4]) Danach soll eine Zusicherung nur dann vorliegen,[5]) wenn beide Teile sich dessen bewußt wären, daß das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden solle. Es müsse erkennbar sein, daß der Mieter auf das Versprechen Gewicht gelegt und es als Teil der vom Vermieter zu übernehmenden Leistung betrachtet, sowie, daß auch der Vermieter es in diesem Sinne abgegeben habe.

M. E. werden hier an die Mitwirkung des Mieters zu strenge Anforderungen gestellt. Ich vermag nicht einzusehen, warum der Verpflichtungswille des Vermieters einer Gegenäußerung des Mieters bedürfen solle, warum den Vermieter nicht seine einseitige Erklärung bindend verpflichten könne. Ein Risiko liegt für ihn dabei nicht vor. Die Ungewißheit ist für ihn ebenfalls nicht größer; denn mit der Abgabe der Erklärung weiß er, daß er für seine Zusicherung aufzukommen hat. — Das Haupt-

1) Oertmann a. a. O. Schröder S. 80.
2) Schröder S. 80. Oertmann zu § 459, Nr. 5a|a. E.
3) Tumpowsky, S. 12, 13, S. 106. Schröder S. 80, Abw. Dernburg II, 2 § 184, I, S. 49.
4) ERG 54, Nr. 61, S. 223. V. Zivilsen.-Urt. v. 1. IV. 03. Gruchot Bd. 48, Nr. 43, S. 595|96. ROLG IX. Nr. 1b, S. 2. Urt. des OLG Frankfurt. III. Zivils. 28. Januar 1904.
5) Gruchot, Bd. 48, No. 17, S. 343. Planck II, zu § 459, Nr. 2a.

moment ist m. E. auf den Willen zu legen, eine rechtsverbindliche Erklärung abgeben zu wollen.[1])

Streitig ist ferner, ob die Zusicherungserklärung des Vermieters eine ausdrückliche sein müsse.[2]) Ich möchte mich der Meinung Oertmanns, wonach sie keine ausdrückliche zu sein braucht, anschließen, mit Rücksicht darauf, daß in der Art des Abschlusses des Mietvertrages, in dem Verhalten der Parteien sehr wohl eine Garantieübernahme liegen kann, auch wenn sie der Vermieter nicht expressis verbis erklärt. Wesentlich ist nur, daß die Erklärungen des Vermieters einen unzweideutig darauf gerichteten Willen erkennbar werden lassen.

Überflüssig ist ferner eine Erklärung bei der Garantieübernahme, dahin, daß der Übernehmende für die Folgen einstehen werde. Diese treten vielmehr unabhängig vom Willen der Parteien von Gesetzeswegen ein.[3])

Ebensowenig ist erforderlich, daß eine bestimmte Eigenschaft zugesichert sei; es genügt eine Zusicherung ganz allgemeinen Inhalts.[4])

Unter dem Begriffe der Eigenschaft sind zu verstehen alle Verhältnisse, Zustände, Beziehungen der Sache, die für den Mieter von Bedeutung sind; also nicht nur die körperliche Beschaffenheit der Mietssache, sondern auch sonstige Verhältnisse, die „nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen“,[5]) also geeignet sind, auf den Entschluß des Mieters zum Abschlusse des Geschäfts bestimmend einzuwirken.

Da somit lediglich das subjektive, individuelle Interesse des Mieters ausschlaggebend ist, sind die Variationen des Begriffes der Eigenschaft so mannigfach, daß unter Umständen auch eine sonst allgemein als Fehler geltende Eigenschaft als Vorzug aufgefaßt werden kann,[6]) wenn der Vermieter ihr Vorhandensein dem Mieter zugesichert hat.

---

1) Oertmann zu § 459, Nr. 5a nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein, indem er ausführt, dass der angeblich vertragsmässige Charakter der Zusicherung freilich nicht zweifellos sei, und die in § 459, Abs. 2 erforderte Zusicherung z. B. könne sehr wohl als einseitige aufgefasst werden. Keinesfalls würde man an die erforderte Zustimmung des Gegners sonderlich strenge Anforderungen stellen dürfen.

2) Vergl. Oertmann zu § 459, Nr. 5a und die dort angegebene Litteratur.

3) Oertmann zu 459, Nr. 5a, Abs. 2.

4) Oertmann, a. a. O. Abs. 4. Seuffert, Bd. 58, No. 4, S. 8. Urt. des RG, 2 Zivilsen. vom 16. Mai 1902.

5) Oertmann zu § 459, Nr. 5b.

6) Endemann I, § 161, Anm. 26, S. 991.

Auch in der Rechtsprechung wird der Begriff der Eigenschaft dahin aufgefaßt, daß er die natürlichen wie rechtlichen Verhältnisse einer Sache umspannt, daß somit beispielsweise auch wirtschaftliche Verhältnisse darunter fallen,[1]) sofern sie der Mietsache auf eine längere Dauer zu eigen sind, somit als Eigenschaften erscheinen.

Wie Schröder[2]) richtig bemerkt, wird sich die Zusicherung nicht physischer Eigenschaften nur auf vergangene und gegenwärtige Zustände erstrecken können; eine Zusicherung von Eigenschaften nicht physischer Natur, die die Sache erst in der Zukunft besitzen soll, z. B. die Zusicherung, dass eine Wohnung in Zukunft ruhig sein werde, bedarf, sofern ihr überhaupt Rechtsverbindlichkeit zukommt, eines besonderen Garantievertrages.

Der Zusicherung einer besonderen Eigenschaft steht bei Grundstücken die einer bestimmten Größe gleich § 537, Abs. 2, Satz 2. Die Vorschrift ist ausdrücklich aufgenommen, um Zweifeln vorzubeugen, ferner auch aus dem Grunde, weil bei Grundstücken die Grösse eine besondere Rolle spielt und häufig dieser Quantitätsmangel die Bedeutung eines Qualitätsmangels haben wird.

Gemäß § 580 BGB. findet diese Vorschrift auch auf die Vermietung einzelner Räume Anwendung.

Zu bemerken ist noch, daß das Gesetz im § 537 das Moment der Erheblichkeit des Fehlers nicht besonders aufgenommen hat. Soweit die dort geforderten Voraussetzungen erfüllt sind, liegt eben ein in diesem Sinne erheblicher Fehler vor, selbst wenn dies, objektiv betrachtet, nicht der Fall wäre.[3])

3. Rechtsmängel.

Während beim Kauf im allgemeinen das Vorhandensein des Rechtes eines Dritten den Käufer zur Geltendmachung der Mängelrechte befähigt — abgesehen vom Falle des § 440, Abs. 2, für die Geltendmachung des Rechtes auf Schadensersatz —, ist bei der Miete ausnahmslos erforderlich,

daß der Dritte sein Recht geltend macht,

daß das Recht den Mieter auch wirklich stört, d. h. ihm den vertragsmäßigen Gebrauch der vermieteten Sache ganz oder

1) E. RG bei Seuffert Bd. 59, No. 151, S 267; 5. Zivilsen.-Urt. v. 13. II. 1904. ROLG VIII, Nr. 7n, S. 65, 66. OLG Dresden. II. Zivilsen. Urt. v. 30. I. 03.

2) Schröder S. 81.

3) Staudinger II, 2, zu § 537, II, 2c.

zum Teil entzieht;[1]) unter Entziehung ist dabei nicht nur die Wiederentziehung des bereits gewährten Gebrauches, sondern auch die ursprüngliche Nichtgewährung zu verstehen.[2])

Diese mildere Haftung des Vermieters im Vergleich zu der des Verkäufers entspricht durchaus dem Wesen und den Zwecken der Miete. Da diese in der Gebrauchsgewährung einer Sache besteht, so kann dem Mieter, sofern nur dieses Erfordernis erfüllt ist, ganz gleichgültig sein, ob etwa noch sonstige Rechte Dritter an der Sache bestehen, wenn er nur in seinem Gebrauche nicht beeinträchtigt wird; so wird es für ihn z. B. unerheblich sein, ob die vermietete Sache dem Vermieter oder einem anderen gehört, ein Fall, der namentlich bei der Miete von Wohnungen häufig vorkommt.

Welcher Art das Recht des Dritten ist, ist gleichgültig.[3]) Unter den Begriff des Rechtes eines Dritten im Sinne des § 541 fallen zumal die dinglichen Rechte, auch Vormerkungen; ferner obligatorische Rechte[4]); nach Oertmann[5]) auch das bloße Besitzrecht.

Nach neuem Rechte gehört zu den Rechtsmängeln — abweichend vom früheren Rechte —, auch der Fall, wo dem Mieter die Sache dadurch entzogen wird, daß dem Vermieter nur ein zeitlich begrenztes Recht an der Mietsache zustand und diese Zeit vor der Beendigung der Mietsdauer abgelaufen ist.[6])

Ein zur Zeit des Mietvertrages bedingt oder befristet bestehendes Recht wird mit Rücksicht auf die Haftung des Vermieters als schon vorhanden gelten müssen; der Keim für den späteren Eingriff des Dritten ist bereits vorhanden.[7])

Auch ein dem Mieter selbst zustehendes Recht wird dann als Recht eines Dritten aufgefaßt werden müssen, wenn es dem Mieter nicht in seiner Eigenschaft als Partei des Mietvertrages zukommt, er also im Sinne des Mietvertrages als Berechtigter gar nicht beteiligt ist.[8]) Jedoch wird eine Haftung des Ver-

---

1) Mittelstein S. 104; Tumpowsky S. 28; Oertmann zu § 541, Nr. 1.

2) Schöller bei Gruchot, Bd. 46, S. 262.

3) Mittelstein S. 104.

4) Planck II, zu § 434. Vergleiche auch Goldmann-Lilienthal I, § 132, II, 1.

5) Oertmann zu § 434, Nr. 1, Abs. 4.

6) Motive II, S. 380. Tumpowsky S. 29; Planck II zu 541, Nr. 2; Staudinger II, 2, zu 541, Nr. III.

7) Oertmann zu § 541, Nr. 2b. Ich möchte mit Rücksicht darauf, dass das BGB. im allgemeinen ein bedingtes Recht wie ein bestehendes zu schützen pflegt, das bedingte Recht des Dritten an der Mietsache als einen Mangel ansehen.

8) Oertmann zu § 434 Nr. 1, Abs. 5. Ebenso Staudinger II, 2, zu § 541, Nr. II, 2b. Tumpowsky S. 43|44. A. M. Endemann I, § 168, Anm. 9.

mieters hier regelmäßig aus dem Grunde entfallen, weil das Moment der Gebrauchsentziehung fehlt.

Der Rechtsmangel muß ferner von der Art sein, daß er dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der vermieteten Sache ganz oder zum Teil entzieht. Wenn also ein dritter Berechtigter sein Recht in so bescheidenem Maße geltend machen würde, daß von einer Störung des vertragsmäßigen Gebrauches nicht die Rede sein könnte, so wird in solchem Falle eine Haftung des Vermieters nicht in Frage kommen.

Daß Staudinger[1]) unter die Rechte Dritter auch die unberechtigten Eingriffe Dritter rechnet, mit der Begründung, es dürfe der Begriff der Rechte Dritter nicht zu enge gefaßt werden, ist m. E. falsch. Ganz abgesehen von dem entgegenstehenden Wortlaute ist zu betonen, daß es sich nicht um eine Erweiterung des Begriffes, sondern um einen ganz anders gearteten, besonderen Begriff handelt. Diese Unterscheidung ist ferner von ganz erheblich verschiedenen praktischen Konsequenzen, da die Haftung des Vermieters naturgemäß beim Eingriff eines unberechtigten Dritten nicht so strenge ist, wie bei der Geltendmachung von Rechten durch Dritte, eine Normierung, die aus der Erwägung entspringt, daß beim Bestehen des Rechtes eines Dritten immer von einem gewißen Verschulden des Vermieters insofern gesprochen werden kann, als er verpflichtet gewesen wäre, sich genau über die Beschaffenheit der Sache zu orientieren und nötigenfalls Abhülfe zu schaffen, während der Vermieter für den plötzlichen Eingriff eines unberechtigten Dritten, dessen Eintritt er ja nicht vorhersehen konnte, auch nicht in dem Umfange verantwortlich gemacht werden kann.

Es wird sich demnach empfehlen diese Unterscheidung aufrecht zu halten.

4. Unberechtigte Eingriffe Dritter.

Nur die beiden eben ausgeführten Kategorien von Mängeln der Mietsache sind im Gesetze ausdrücklich geregelt. Nun gibt es aber Fälle, die sich weder unter die im § 537, noch die im § 541 geregelten Mängeltypen bringen lassen. Hierunter gehören die unberechtigten Eingriffe dritter Personen in das Recht des Mieters. Auch in diesen Fällen handelt es sich um Mängel der Mietsache in dem Sinne, daß der Vermieter bei dem Vor-

1) Staudinger II, 2 zu § 541, Nr. I, 2c.

handensein der sonstigen, erforderlichen Voraussetzungen dafür einzustehen hat. Dies geht daraus hervor, daß einmal die beiden, vom Gesetz aufgeführten Mängelkategorien keine erschöpfende Regelung der Mängelarten darbieten, ferner daraus, daß das Gesetz trotz der Unterlassung einer ausdrücklichen Normierung dieser Fälle doch ihr Vorkommen berücksichtigt wissen will, was sich daraus ergibt, daß es Vorschriften allgemeiner Natur aufgestellt hat, in denen auch diese Arten von Mängeln enthalten sind, vergl. §§ 535, 536 BGB. Denn da das Gesetz hier die allgemeinen Verpflichtungen des Vermieters, insbesondere die Verpflichtung zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches regelt, so ist zweifellos, daß der Eingriff eines unberechtigten Dritten für den Vermieter einen Verstoß gegen die Pflichten aus den §§ 535, 536 bedeutet,[1]) also ihn zur Haftung für derartige Eingriffe verpflichtet.

Auch hier müssen die unberechtigten Eingriffe Dritter derart sein, daß sie den vertragsmäßigen Gebrauch der vermieteten Sache beeinträchtigen.

Sonst ist es gleichgültig, welcher Art sie sind, insbesondere, ob sie mittelbar oder unmittelbar dem Mieter den Gebrauch der Sache entziehen.

5. Sonstige Mängel[2]), die ausserhalb der Sache liegen.

Außer den drei behandelten Arten von Mängeln giebt es nun eine vierte Gruppe, in die alle die Fälle gehören, wo dem Mieter der Gebrauch der gemieteten Sache durch einen Umstand entzogen wird, der außerhalb der Sache liegt, sich jedoch nicht als unberechtigter Eingriff eines Dritten darstellt.

Den weitaus größten Bestand dieser Gruppe von Mängeln werden wohl die Fälle bilden, wo dem Mieter die vermietete Sache durch ein Naturereignis entzogen wird, z. B. durch eine Überschwemmung oder eine Feuersbrunst (letzteren Falles allerdings mit der Einschränkung, daß es sich nicht um eine vollständige Zerstörung handeln darf, weil dann nicht mehr von einem Mangel gesprochen werden kann). Ferner fallen unter diese Gruppe auch die Fälle, wo öffentliches Recht mit dem Privatrecht des Mieters in der Weise kollidiert, daß das

1) Tumpowsky S. 35—37.

2) Ich habe mich mit diesem Ausdrucke der Terminologie Tumpowskys, S. 5, angeschlossen, da der Ausdruck „Naturereignisse", den Mittelstein S. 105 und Cosack, I, § 135, II, 2 b gebrauchen, zu enge gefasst ist und nicht alle Möglichkeiten erschöpft. Allerdings muss ich zugeben, dass der hier gewählte Ausdruck in seiner Allgemeinheit wenig prägnant ist.

letztere unterliegt, z. B. im Falle der Absperrung einer Straße durch die Polizei bei Seuchengefahr.[1]) Auch der Fall der Besetzung einer Stadt durch feindliche Truppen würde wohl hierher zu rechnen sein. Ich möchte ihn jedenfalls nicht als unberechtigten Eingriffes eines Dritten ansehen; und zwar aus dem Grunde, weil nicht ein objektiv unberechtigter Eingriff vorliegt.

Im übrigen gelten zu dieser Gruppe alle oben gemachten Ausführungen, also insbesondere der Grundsatz, daß auch diese Mängel eine Haftung des Vermieters erzeugen. Wesentliche Voraussetzung ist auch hier wieder die Entziehung oder Störung des vertragsmäßigen Gebrauches der Sache durch den Mangel.

II. TEIL.

A. Haftung des Vermieters beim Vorhandensein von Mängeln.

Vorbemerkung.

Im folgenden soll erörtert werden, in welcher Weise der Vermieter für vorhandene Mängel einzustehen und welche Handhaben das Gesetz dem Mieter zur Wahrnehmung seiner Interessen gegeben hat. Dabei wird sich herausstellen, daß das Gesetz den Vermieter in fünffacher Weise für vorhandene Mängel haften läßt, und daß es für den Mieter dementsprechend fünf verschiedene Gerechtsame statuiert hat.

Es wird daher bei jedem einzelnen dieser Rechte geprüft werden, welche der vier Mängelgruppen zu seiner Geltendmachung berechtigen, und von welcher Wirkung und Art diese Rechte sind.

1. Verpflichtung des Vermieters zur Beseitigung des Mangels.

a) Allgemeines.

In dem, seinem Wortlaut noch bereits oben[2]) angeführten § 536 BGB., der die Konsequenz aus § 535 ist,[3]) hat das Gesetz dem Mieter, falls der Vermieter seiner Verpflichtung, die Sache dem Mieter in vertragsmäßigem Zustande zu überlassen, nicht

1) Tumpowsky S 38.
2) Seite 3.
3) Motive II, S. 373.

nachkommt, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend das Recht gegeben, den Vermieter im Prozeßwege, nötigenfalls durch Zwangsvollstreckung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes der Sache anzuhalten.[1])

Daß dem Mieter ein solches Recht gewährt werden sollte, folgt auch aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst, und zwar aus § 538, Abs. 1, der eine Schadensersatzpflicht des Vermieters für den Fall aufstellt, daß dieser mit der Beseitigung eines Mangels, für dessen Vorhandensein er sonst nicht schadensersatzpflichtig wäre, in Verzug kommt. Verzug in der Beseitigung eines Mangels kann aber nur eintreten, wenn eine Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels besteht.[2])

Soweit also ein Mangel Ursache der Nichterfüllung ist, soweit er die Voraussetzungen des § 536 erfüllt, wird dieser zur Anwendung kommen.

In diesem Umfange gehört der § 536 in diese Darstellung.

Die Allgemeinheit dieser Vorschrift nun ermöglicht ihre Anwendung auf alle vier, oben besprochenen Arten von Mängeln, vorausgesetzt, daß diese intensiv genug sind, wobei den Gradmesser für die Intensität des Mangels immer die Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauches abgibt.

Der § 536 kommt also zur Anwendung, sei es, daß es sich um Sach- oder Rechtsmängel, um unberechtigte Eingriffe Dritter oder um sonstige außerhalb der Sache liegende Mängel handelt.

Die Statuierung dieser allgemeinen Erfüllungsverpflichtung im § 536 hat nun beim Vorhandensein von Mängeln die Bedeutung, daß für den Vermieter eine Verpflichtung zur Beseitigung von Mängeln besteht, und daß dem Mieter andererseits ein entsprechender Anspruch zukommt. Die Konkretisierung der allgemeinen Verpflichtung im § 536 in dieser Richtung folgt aus der Statuierung der Verpflichtung des Vermieters zur „Überlassung“ und zur „Erhaltung“ des vertragsmäßigen Gebrauches.[3])

Hier ist zu bemerken, daß die Entscheidung, ob das Recht aus § 536 auf Erfüllung, d. h. auf Beseitigung des Mangels, dem Mieter zustehe, dann besonders schwierig ist, wenn es fraglich ist, ob eine Sache gänzlich untergegangen, beziehungs-

---

1) Mittelstein S. 100. Brückner S. 61, II, 1. Motive II, S. 373. Oertmann zu § 536, Nr. 2. Goldmann Lilienthal § 164, I, S. 549. Staudinger II, 2, zu § 536, Nr. 2. Cosack I, S. 475, Nr. 4a.

2) Schöller bei Gruchot Bd. 46, S. 263.

3) Tumpowsky S. 67|68.

weise ihre Brauchbarkeit für den konkreten Gebrauchszweck vollständig aufgehoben, oder ob sie nur beschädigt ist. Wichtig ist diese Unterscheidung deswegen, weil im ersten Falle nach § 323 BGB. wegen Unmöglichkeit der Erfüllung Aufhebung des Vertrages eintreten würde.

Ich möchte mich mit Oertmann[1]) dahin entscheiden, daß die Grenze beider Fälle nach dem Gesichtspunkte zu ziehen sei, ob durch das Recht oder die Pflicht zur Wiederherstellung der konkrete Vertragszweck sei es des einen, sei es des anderen Teiles, wesentlich beeinträchtigt werde oder nicht, und daß nur in letzterem Falle der Vertrag aufrechterhalten bleibe und der Vermieter den Mangel beseitigen müsse.

Die von den Protokollen[2]) vorgeschlagene Formel, es komme darauf an, ob die Wiederherstellung der Sache sich unter Wahrung ihrer Identität ermöglichen lasse, scheint mir aus dem Grunde nicht glücklich, weil das Interesse der Parteien an dem Fortbestehen des Vertrages, insbesondere auch der konkrete Vertragszweck nicht notwendig mit dem Faktum der Identität der Sache zusammenzufallen braucht.[3])

Wann der Mieter die Beseitigung des Mangels verlangen kann, richtet sich nach dem Inhalte des Vertrages. Ist die Zeit abgelaufen, für die die Sache vermietet war und ist die Einhaltung einer bestimmten Zeit wesentlich, so ist nach deren Ablauf sein Verlangen ausgeschlossen.[4])

Irgend ein Verschulden des Vermieters in Hinsicht auf die Entstehung oder die Nichtbeseitigung oder die nichtrechtzeitige Beseitigung des Mangels wird nicht erfordert.

Ohne jeden Anhaltspunkt im Gesetze ist die Meinung Borcherdts,[5]) der Erfüllungsanspruch sei nur zulässig, wenn der Vermieter im Verzuge sei. Zutreffend bemerkt Mittelstein[6]) hierzu, warum der Gläubiger hier nicht, wie sonst bei Fälligkeit seines Anspruches die Erfüllung ohne weiteres solle fordern dürfen. Die Unmöglichkeit der Erfüllung geltend zu machen, bleibe dem Schuldner unbenommen.

---

1) Oertmann zu 536, Nr. 1 b. Vergl. auch Mittelstein S. 96; Dernburg II, 2 § 217, I, 3.

2) Protokolle II, S. 131. Planck II, zu § 536, Abs. 2.

3) Tumpowsky, S. 69, will die Entscheidung für jeden einzelnen Fall, nach Massgabe der konkreten Umstände gefällt wissen.

4) Cosack I, § 135, I, 4 a, S 475.

5) Borcherdt S 45.

6) Mittelstein S. 101.

b) Juristische Natur des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels.

Was die rechtliche Natur dieses Rechtes des Mieters angeht, so ist zu bemerken, daß es sich um einen regelrechten Anspruch im Sinne des § 194, Abs. 1 BGB. handelt, d. h. um das Recht, von einem anderen ein Tun, ein positives Vorgehen zn verlangen.

c) Beweislast.

Was die Verteilung der Beweislast betrifft, so ist zu sagen, daß, wenn der Mieter die Sache ohne Vorbehalt angenommen hat, er hinsichtlich späterer Ausstellungen wegen mangelhafter Lieferung die Existenz der behaupteten Mängel darzutun hat. Diese Konsequenz folgt aus § 363 BGB.[1])

Hat dagegen der Mieter die Mietsache wegen Mangelhaftigkeit sofort zurückgegeben und klagt der Vermieter späterhin den Mietzins ein, so ist in der Geltendmachung der Behauptung, die Sache sei mangelhaft gewesen, ein Bestreiten der klagebegründenden Tatsachen zu erblicken, durch das der Vermieter zu genauer Substanziierung gezwungen wird, also zur Darlegung, in welcher Weise er seiner Erfüllungspflicht genügt habe.[2])

Klagt dagegen der Mieter, nachdem er die Sache wegen angeblicher Mangelhaftigkeit dem Vermieter sofort wieder zurückgegeben, auf Beseitigung der Mängel, so gehört es zur Begründung seiner Klage, darzulegen, welche Mängel die Sache zur Zeit der Übergabe gehabt habe. Dies Resultat ergibt sich daraus, daß die Behauptung des Vermieters, erfüllt zu haben, d. h. die Sache in mangellosem Zustande dem Mieter überlassen zu haben, sich nicht als Einwendung charakterisieren läßt. Denn die Behauptung des Vermieters läßt ja nicht das klagebegründende Moment der Mangelhaftigkeit unangetastet und behauptet nicht den Eintritt eines späteren, diese Klagetatsache aufhebenden Ereignisses, sondern sie bestreitet das Vorhandensein des klagebegründenden Umstandes der Mangelhaftigkeit der Mietsache.

2. Das Recht des Mieters auf Befreiung und Minderung des Mietzinses.

a) Vorbemerkung.

Im Interesse der Übersichtlichkeit der Darstellung wird es sich empfehlen, die Voraussetzungen und Wirkungen dieses

1) Ebenso Staudinger II, 2, zu § 536 Nr. II, 5.
2) Stölzel I, S. 183—187.

Rechts bei jeder der ersten beiden Mängelkategorien gesondert zu behandeln, dagegen die beiden letzten Arten von Mängeln in der Darstellung zusammen zu fassen.

b) Das Recht auf Befreiung und Minderung des Mietzinses beim Vorhandensein von Sachmängeln.

Die Voraussetzungen für dieses Recht finden sich im § 537. Dieser lautet:

„Ist die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung an den Mieter mit einem Fehler behaftet, die ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufhebt oder mindert, oder entsteht im Laufe der Miete ein solcher Fehler, so ist der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit, für die Zeit, während deren die Tauglichkeit gemindert ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Teiles des Mietzinses verpflichtet.

Das Gleiche gilt, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt. Bei der Vermietung eines Grundstückes steht die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich."

Nachdem wir die allgemeinen Begriffsmerkmale des Sachmangels bereits oben unter Zugrundelegung von § 537 festgestellt haben, ist es hier nur erforderlich, noch die sonstigen besonderen Voraussetzungen zu prüfen, die das Gesetz zur Geltendmachung des Rechtes auf Minderung und Befreiung verlangt.

Was zunächst den Zeitpunkt des Vorhandenseins dieser Mängel angeht, so ist es gleichgültig, zu welcher Zeit sie vorhanden waren, ob sie zur Zeit der Überlassung der Mietsache bereits existierten oder erst später entstanden sind, sofern sie nur im Laufe der Mietzeit den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache schmälern.

Auch der Zeitpunkt der Entdeckung ist gleichgültig.[1])

Auch ein Verschulden von seiten des Vermieters braucht nicht vorzuliegen.

Sind nun diese Voraussetzungen vorhanden, so kommt es darauf an, ob durch den Mangel die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufgehoben oder nur gemindert wird.

---

1) Tumpowsky S. 14.

Im ersten Falle wird der Mieter für die Zeit des Vorhandenseins des Mangels von der Zahlung des Mietszinses frei.

Wird dagegen durch den Mangel die Tauglichkeit nur gemindert, so hat der Mieter für die Zeit der geminderten Tauglichkeit nur einen Teil des Mietzinses zu zahlen.

Die Entscheidung darüber, ob im konkreten Falle Minderung oder Aufhebung der Tauglichkeit vorliegt, wird sich wohl im allgemeinen unschwer treffen lassen.

Zutreffend ist m. E. die Ansicht Tumpowskys,[1]) daß auch beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, — wie wohl ja nach der Anschauung des BGB. der durch die Eigenschaft der Sache ermöglichte Gebrauch als der vertragsmäßige anzusehen sei, — der Gebrauch nicht unter allen Umständen als ganz aufgehoben, sondern in zahlreichen Fällen nur als gemindert anzusehen sei. Tumpowsky folgert dies mit Recht aus den Worten des Gesetzes im § 537, Abs. 2: „das Gleiche gilt".

Es wird in solchen Fällen vor allem darauf zu sehen sein, in welchem Umfange die zugesicherte Eigenschaft vorhanden ist oder fehlt, welche Rolle sie für das Moment des vertragsmäßigen Gebrauches spielt; ferner welche Bedeutung die Kontrahenten der Zusicherung der Eigenschaft beigelegt haben.[2]) Ob der vertragsmäßige Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist, das zu unterscheiden wird allerdings im Einzelfalle Schwierigkeiten machen.[3])

c) Das Recht auf Befreiung und Minderung des Mietzinses beim Vorhandensein von Rechtsmängeln.

Die allgemeinen Voraussetzungen und Begriffsmerkmale des Rechtsmangels sind bereits oben[4]) erörtert.

§ 541 lautet:

„Wird durch das Recht des Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen, so finden die Vorschriften der §§ 537, 538, des § 539 Satz 1 und des § 540 entsprechende Anwendung."

Auch hier ist, wie beim Vorhandensein von Sachmängeln der Zeitpunkt des Vorhandenseins oder der Entstehung der Mängel gleichgültig.

---

1) Tumpowsky, S. 15.
2) Planck II, zu § 537, Nr. 4.
3) Vergl. die Beispiele bei Tumpowsky S. 16.
4) Seite 10 f.

Ebenso ist ein Verschulden des Vermieters auch hier nicht erforderlich.

Wird nun dem Mieter durch das Vorhandensein des Rechtes eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache gänzlich entzogen, so tritt Befreiung von der Zahlung des Mietzinses, wird der Gebrauch nur teilweise aufgehoben, Minderung ein. Wenn Borcherdt[1]) der Meinung ist, daß der § 541 für den Fall der gänzlichen Entziehung des Gebrauches durch das Recht eines Dritten nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn dieselbe nur während eines Teiles der Mietzeit dauere, während andernfalls die Rechtslage des Mieters nach den Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung zu beurteilen sei, so ist dies m. E. nicht zutreffend.

Genau genommen wird ja allerdings im Falle gänzlicher Entziehung der Mietsache durch das Recht eines Dritten gewöhnlich eine totale Nichterfüllung vorliegen und nicht mehr von einem Mangel der Mietsache gesprochen werden können.[2]) Indessen kann doch in den Fällen, wo der gewöhnliche Gebrauch sich mit dem vertragsmäßigen deckt, auch im Falle totaler Entziehung vom Vorhandensein eines Mangels gesprochen werden.

Die Borcherdtsche Meinung ist m. E. aus dem Grunde unzutreffend, weil nach Borcherdt die Zeitdauer das Moment ist, das die Nichterbringung einer Leistung zur Unmöglichkeit der Leistung machen soll. Diese Identifizierung von totaler zeitiger Nichterfüllung mit Unmöglichkeit halte ich aus dem Grunde für bedenklich, weil die Dauer der Nichtleistung mit der Unfähigkeit des Schuldners zu ihrer Erbringung zunächst schlechterdings nichts zu tun hat.[3])

Die Borcherdtsche Meinung findet m. E. auch im Gesetzeswortlaute keine Stütze.

Das Gesetz spricht nur davon, daß dem Mieter durch das Recht eines Dritten der Gebrauch der vermieteten Sache ganz entzogen wird, ohne zu fragen, ob dem Vermieter die Gebrauchsgewährung unmöglich geworden ist oder nicht. Lediglich die Existenz des Rechtsmangels ist das bestimmende Moment. Soweit daher ein solcher Mangel die Ursache totaler auch zeitiger Nichterfüllung ist, sehe ich keinen Grund, den § 541

1) Borcherdt § 24, S. 51.

2) Ebenso Tumpowsky S. 30.

3) Vergl. auch die Ausführungen bei Tumpowsky, S. 30—35, auf die einzugehen hier zu weit führen würde.

nicht zur Anwendung zu bringen. Erst wenn die Nichtleistung aus einer anderen Ursache herzuleiten ist, kommen die Erörterungen über Vorliegen von Unmöglichkeit der Leistung in Betracht.

d) Das Recht auf Befreiung und Minderung des Mietzinses beim Vorhandensein von unberechtigten Eingriffen Dritter und sonstigen außerhalb der Sache liegenden Mängeln.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen soll eine gemeinsame Behandlung beider Mängel-Kategorien bei der Erörterung des Rechtes auf Preisminderung und -befreiung erfolgen.

Da das Gesetz die Gebrauchsentziehung der Sache durch Mängel dieser Art nicht ausdrücklich geregelt hat, und da § 537 auf Mängel dieser Art keine Anwendung finden kann,[1]) so fragt es sich, ob sich bei Vorhandensein von Mängeln dieser beiden Kategorien aus den allgemeinen Vorschriften diese Rechte für den Mieter herleiten lassen.

Wenn Staudinger[2]) bezüglich der unberechtigten Eingriffe Dritter zur Bejahung dieser Frage dadurch gelangt, daß er diese Eingriffe Dritter als Rechtsmängel i. S. des § 541 ansehen will, so ist bereits oben[3]) die Unzulässigkeit dieser Meinung dargetan; und wenn Mittelstein[4]) das Preisminderungs- und Preisaufhebungsrecht für diese Fälle daraus herleiten will, daß er den § 541 nur als die Anwendung eines allgemeinen Prinzips ansieht, dessen Aufnahme es nicht bedurft hätte, so ist dem zu entgegnen, daß Fassung und Wortlaut des § 541 dieser Auffassung durchaus entgegenstehen; und wenn Mittelstein weiter meint, daß, wenn es sich nur um den Grundsatz des § 537 gehandelt hätte, es der Aufnahme des § 541 nicht bedurft hätte, so ist dem entgegenzuhalten, daß § 537 ausdrücklich nur von Mängeln der Sache spricht, und daß Mängel im Rechte ohne weiteres unmöglich als von diesem Paragraphen mitumfaßt angesehen werden können.

Hiernach kann § 541 auf die unberechtigten Eingriffe Dritter und die sonstigen, außerhalb der Sache liegenden Mängel jedenfalls keine Anwendung finden.

---

1) Tumpowsky S. 30ff, 36ff; Oertmann zu § 537, Nr. 7; Neumann Jahrbuch II, S. 294|95.
2) Staudinger II, 2 zu § 541, Nr. I, 2c.
3) Seite 12.
4) Mittelstein S. 105, Nr. 5.

Gleichwohl kann dem Mieter beim Vorhandensein von Mängeln dieser Art das Preisminderungs- und Preisaufhebungsrecht zustehen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Nach den §§ 535, 536 hat der Vermieter die Pflicht zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches der Mietsache. Wird nun dem Mieter der Gebrauch der Sache teilweise oder ganz durch den unberechtigten Eingriff eines Dritten oder durch einen ausserhalb der Sache liegenden Mangel entzogen, so greifen, soweit diese Nichterfüllung sich als zufällige, und zwar entweder teilweise oder gänzliche Unmöglichkeit der Leistung darstellt — und dies wird häufig oder sogar meistens der Fall sein —, die allgemeinen Vorschriften das BGB. über die Unmöglichkeit der Leistung Platz, da die besonderen mietrechtlichen Normen hierüber nichts enthalten.[1])

Es kommen demnach die Vorschriften des § 323, Abs. 1 und 3 BGB. zur Anwendung.[2])

Daraus ergibt sich, daß der Mieter im Falle gänzlicher Entziehung der Mietsache durch den unberechtigten Eingriff eines Dritten oder einen sonstigen, außerhalb der Sache liegenden Mangel von der Mietzinszahlung gänzlich, bei teilweiser Entziehung in Höhe eines entsprechenden Teiles des Mietzinses frei wird.

Gleichgültig ist auch hier der Zeitpunkt der Entziehung der Sache.

e) Juristische Natur des Rechtes auf Mietzinsbefreiung und -minderung.

Während das Gesetz in den §§ 535, 536 von einer Verpflichtung des Vermieters zur Erfüllung spricht, sich also das hieraus resultierende Mängelbeseitigungsrecht des Mieters als ein Anspruch im technischen Sinne darstellt, sagt das Gesetz in den §§ 537 und 541, daß der Mieter beim Vorhandensein von Mängeln bestimmter Art von der Entrichtung des Mietzinses befreit, bezw. zur Entrichtung eines geminderten Mietzinses verpflichtet ist. Diese Befreiung tritt ipso iure ein; sie bedarf zum Eintritt nicht erst eines Vorgehens von seiten des Mieters. Sie stellt nicht einen Anspruch im technischen Sinne dar, nicht ein „Recht“ des Mieters,[3]) sondern eine Rechtswirkung, eine beim

1) Motive II, S. 375. Staudinger II, 2, zu § 537, Nr. I.
2) Ebenso Tumpowsky S. 39/40. Vergl. auch Motive II, S. 370.
3) Wie beim Kauf das Minderungsrecht, § 462 BGB.

Vorhandensein gewisser Voraussetzungen von selbst eintretende Modifikation seiner Vertragspflicht.[1])

Der Grund dieser Regelung ist in der besonderen Natur des Mietvertrages, insbesondere in dem Bestehen einer fortdauernden Verpflichtung des Vermieters zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches der Sache zu suchen,[2]) wonach er also bei Gewährung einer mangelhaften Sache in jedem Augenblick von neuem seine Vertragspflichten verletzt.

Aus dieser Darlegung der juristischen Natur der Rechte auf Mietszinsbefreiung und -minderung folgt, daß von einer Verjährung dieser „Rechte" natürlich nicht die Rede sein kann[3]).

Die hier vom Gesetze getroffene Regelung wird von praktischer Bedeutung einmal im Prozesse, und zwar in dem Fall, wo der Kläger in seinem eigenen Klagevorbringen vorträgt, daß die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche durch Sachmängel aufgehoben oder gemindert, oder daß der vertragsmäßige Gebrauch der Sache dem Mieter ganz oder teilweise entzogen sei. In diesem Falle ist die Klage entweder ohne weiteres abzuweisen oder der Klageanspruch entsprechend zu mindern. Auch ein gegen den Beklagten beantragtes Versäumnisurteil würde in diesem Falle nicht ergehen können, da das Klagevorbringen den Klageantrag nicht rechtfertigt, § 331 ZPO.

Eine weitere praktische Konsequenz ergibt sich bei der Verpflichtung des Mieters zur Zahlung des Mietzinses im Voraus.

Hier wird der Mieter, wenn der Mangel *zur Zeit der Fälligkeit* bereits bestand, von seiner Verpflichtung zur Zahlung ohne weiteres frei; soweit ein Mangel *nach der Fälligkeit* eintritt, hat er ferner, vorausgesetzt, daß er nicht in einer grobfahrlässigen Unkenntnis des Mangels den Mietzins bereits gezahlt hat, ein Rückforderungsrecht nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.[4])

---

1) Motive II, S. 376. Oertmann zu § 537, Nr. 4. Staudinger II, 2, zu § 537, II, 3d. Goldmann-Lilienthal I, § 154, Nr. II, zu § 537, S. 550. Tumpowsky S. 20ff. Borcherdt S. 50|51 spricht hier von einem Minderungsanspruch.

2) Oertmann zu § 537, Nr 4.

3) Staudinger II, 2, zu § 537, Nr. II, 3d.

4) Motive II, S 376; Planck II, zu § 537, Nr. 2. Oertmann zu § 537, Nr. 4 Tumpowsky S. 22. Borcherdt S. 51 ist der Meinung, dass im Falle der Vorausbezahlung des Mietzinses der Minderungsbetrag unabhängig von den Schranken der Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung zu erstatten sei, sagt indessen nicht, aus welchem anderen rechtlichen Gesichtspunkte der Mieter das Gezahlte zurückverlangen könne.

Dernburg[1]) nennt diese Regelung mit Recht bedenklich, indem er darauf hinweist, daß, wenn der Vermieter den Mietzins vor Kenntnis des Mangels vertan habe, er nicht mehr bereichert sei, der Mieter demgemäß des gezahlten Mietzinses verlustig gehe.

f) Beweislast.

Die Frage, wer die Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln habe, ob der Mieter das Vorhandensein von Mängeln, oder der Vermieter die Tauglichkeit der Sache zum vertragsmäßigen Gebrauche darzutun habe, ist in der Literatur außerordentlich streitig.

Es lassen sich drei Gruppen von Meinungen unterscheiden.

Die erste Gruppe, so insbesondere Planck[2]), gibt dem Mieter die Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln.

Dieses Resultat wird daraus gefolgert, daß zur Begründung des Mietzinsanspruches seitens des Vermieters der Nachweis des Abschlusses des Mietvertrages und der Fälligkeit des Mietzinses genüge. Demgegenüber stelle sich die Behauptung des Mieters, die Sache sei mangelhaft, nicht als Klageleugnung, sondern als die Geltendmachung einer den Anspruch des Vermieters aufhebenden Tatsache dar, für welche nach allgemeinen Grundsätzen der Mieter beweispflichtig sei.

Die zweite Gruppe, so insbesondere Mittelstein[3]) will dem Vermieter den Anspruch auf den vollen Mietzins nur zubilligen, wenn er die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches nachweist. Der Mieter braucht nur zu behaupten, daß und welche Mängel vorhanden gewesen seien und inwieweit sie den Gebrauch beeinträchtigen.

Einen mittleren Standpunkt nimmt Cosack[4]) ein.

Er führt aus, die Beweislast habe bei Streitigkeiten nach allgemeinen Regeln der Vermieter. Nur wenn der Mieter nachträglich teilweise oder vollständige Entziehung des Mietgebrauches durch den Vermieter behaupte, sei er beweispflichtig. Daraus ergäbe sich auch die Beweispflichtigkeit des Mieters für den Fall der nachträglichen Entziehung durch einen Dritten.

Aus diesen Erwägungen geht einmal nicht hervor, ob Cosack unter der nachträglichen Gebrauchsentziehung durch den

1) Dernburg, II, 2, § 218 Nr. III.
2) Planck zu § 537, Nr. 6.
3) Mittelstein S. 102.
4) Cosack I, § 135, Nr. 9, S. 478.

Vermieter auch den Fall der späteren Entstehung eines Mangels verstanden wissen will; ferner entbehrt die ausnahmsweise statuierte Beweispflichtigkeit des Mieters m. E. der Begründung. Zu dieser vermittelnden Meinung ist m. E. auch Tumpowsky[1]) zu rechnen.

Jedoch sind seine Ausführungen zu dieser Frage nicht ohne Widerspruch.

Auf Seite 21 führt er aus, daß die Geltendmachung der Befreiung vom Mietzinse durch den Mieter eine „Einwendung" sei. Für diese hätte also nach allgemeinen Grundsätzen der Mieter als der Behauptende die Beweislast. Auf Seite 22—26 führt Tumpowsky dann aber weiter aus, daß prinzipiell der Vermieter die Beweislast für die Fehlerlosigkeit der Sache habe; denn die Darlegung der Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den §§ 535, 536 gehöre zu den rechtserzeugenden Tatsachen, also zum Nachweis der Entstehung seines Rechtes.

Dieser Grundsatz werde jedoch durchbrochen und zwar mit dem Erfolge der Abwälzung der Beweislast auf den Mieter einmal bei vorbehaltloser Annahme der Sache durch den Mieter gemäß § 363 BGB., ferner bei Entstehung eines Mangels im Laufe der Mietzeit. Die letztere Ausnahme macht Tumpowsky mit Rücksicht auf die Schwierigkeit des Beweises für den Vermieter, die Sache sei ohne Mängel gewesen. — M. E. ist aber die Verteilung der Beweislast nach Zweckmäßigkeitsgründen unzulässig.

Ich möchte nun, indem ich mich der Meinung Plancks anschließe, aus folgenden Erwägungen dem Mieter die Beweislast auferlegen.

Das Gesetz stellt im § 535 die allgemeinen Verpflichtungen des Vermieters, — Gewährung des Gebrauchs der Sache während der Mietzeit —, und des Mieters — Entrichtung des vereinbarten Mietzinses — auf.

Diese Statuierung der Verpflichtung des Vermieters zur Überlassung des Gebrauches der Mietsache während der Mietzeit kann jedoch m. E. nicht so verstanden werden, daß der den Mietzins verlangende Vermieter nachzuweisen habe, daß er während der ganzen Mietzeit den Gebrauch der Sache dem Mieter gewährt habe, vielmehr ist diese aus dem Wesen des Mietvertrages entspringende, selbstverständliche Verpflichtung

---

1) Tumpowsky S. 21, 22—26.

nur aufgenommen, um darzutun, daß der Vermieter nicht etwa durch die lediglich einmalige Bereitstellung der Sache seiner Verpflichtung genügt habe, um also die Verpflichtung des Vermieters zu ständiger Leistungsfähigkeit zu konstatieren. Es genügt also zur Klagebegründung für den Vermieter der Nachweis des Abschlusses des Mietvertrages und der Fälligkeit des Mietzinses. Wenn der Mieter demgegenüber geltend macht, die Sache sei mit Mängeln behaftet, so setzt er dem Anspruch des Vermieters kein Bestreiten entgegen; er gibt vielmehr den Abschluss des Mietvertrages in der vom Vermieter behaupteten Weise zu, aber er behauptet das Vorhandensein gewisser Umstände, durch die das Recht des Vermieters entweder von Anfang an oder später beeinträchtigt worden sei. In seiner Behauptung der Mangelhaftigkeit der Mietsache ist also eine Einwendung zu erblicken und für diese hat der Mieter die Beweislast, gleichgültig, zu welcher Zeit der Mangel entstanden ist, oder ob es sich um die Entziehung der Sache durch einen Dritten oder durch sonstige Ereignisse handelt.

g) Berechnung der Minderung des Mietzinses.

Die Berechnung der Minderung des Mietzinses regelt sich nach den §§ 537, Abs. 1 in Verbindung mit 472, 473 BGB.

Hieraus ergibt sich, daß das BGB. die, von einem Teile der Wissenschaft für das bisherige Recht, insbesondere das Gemeine Recht und das Allgemeine Landrecht, vertretenen Methoden der absoluten Minderung verworfen, und die relative Berechnungsmethode angewandt hat, d. h. zu dem Prinzip einer verhältnismäßigen Kürzung des Preises übergegangen ist.

Die Berechnung erfolgt nun in der Weise, daß gemäß § 472 eine Proportion zu bilden ist. Die bekannten Glieder sind der Mietpreis, der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande und der jetzige Wert der Sache. Das gesuchte vierte Glied, der angemessene, nach der Minderung verbleibende Mietzins ergiebt sich nun in der Weise, daß der vereinbarte Mietzins in dem Verhältnis herabzusetzen ist, in dem der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem jetzigen wahren Wert der Sache steht.

Der Zeitpunkt, der für die Berechnung des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustande und des wahren Wertes maßgebend ist, ist der des Abschlusses des Mietvertrages, nicht des

erhobenen Minderungsanspruches,[1]) gleichgültig zu welcher Zeit der Mietzins zu entrichten ist.[2])

Sind mehrere Sachen vermietet, und zwar nicht zu einem Gesamtmietzins, und sind einige von ihnen mangelhaft, so entscheidet sich die Frage, ob die Minderung nur wegen der mangelhaften stattfindet oder auch wegen der anderen, danach, ob durch den Mangel bei jenen mittelbar auch diese entwertet werden. Wenn dies der Fall ist, so wird die Minderung nach Gesamtschätzungen vorgenommen.[3])

Sind dagegen mehrere Sachen zu einem Gesamtmietzins vermietet und einige von ihnen mangelhaft, so ist nach § 472, Abs. 2 bei der Minderung der Gesamtmietzins aller Sachen zugrunde zu legen. Es soll durch diese Vorschrift eine gerechtere Entscheidung in den Fällen der Vermietung mehrerer Sachen zu einem Gesamtmietzins getroffen werden.[4])

Sind neben dem in Geld bestehenden Mietzinse noch andere Leistungen vereinbart, — und dies ist prinzipiell zulässig, da der Mietzins ja nicht einmal als ganzer in Geld zu bestehen braucht[5]) —, so fragt es sich, wie in diesem Falle die Herabsetzung der Gesamtverpflichtung des Mieters, die aus Mietzins und Nebenleistungen besteht, zu erfolgen hat. Diese Frage regelt § 473 i. V. mit § 537, BGB.

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Die Nebenleistungen haben nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande.

Zunächst ist zu bemerken, daß der hier wiedergegebene Wortlaut des Gesetzes wohl dahin zu interpretieren ist, daß die Negation zum Verbum, nicht aber zu dem Begriff „vertretbare Sachen“ gehört.[6])

Daraus ergibt sich die Konsequenz, daß nicht nur unvertretbare Sachen, sondern daß auch alle anderen, in einem persönlichen Handeln bestehenden Leistungen den Gegenstand der Nebenvergütung bilden können.

In diesen Fällen wird zunächst der Wert, den diese Leistungen zur Zeit des Mietabschlusses haben, in Geld veranschlagt. Ist

---

1) Oertmann zu § 472, Nr. 2.

2) Abweichend beim Kauf in Fällen der Vereinbarung der späteren Zahlung des Kaufpreises, weil Kauf in der Regel Barkauf ist. Vergl. Oertmann zu § 472, Nr. 2.

3) Oertmann a. a. O. Nr. 4; Dernburg II, 2 § 187, Nr. VI.

4) Tumpowsky S. 18.

5) Oertmann zu § 535, No. 3; Tumpowsky S. 19.

6) Ebenso Protokolle I, S. 696; Oertmann zu § 473, 1a; Staudinger II, 2 zu § 473, Nr. 2a. Tumpowsky S. 19.

dieser Wert gefunden, so findet die Herabsetzung der Gegenleistung des Mieters an dem in Geld festgesetzten Mietzinse statt; die Nebenleistungen bleiben unverändert geschuldet, § 473, S. 1, S. 2, 1. Halbs., § 537 BGB.

Ist aber der abzusetzende Betrag größer als der in Geld zu zahlende Mietzins, so übt auch das auf die Nebenleistungen keinen Einfluß, vielmehr hat dann der Vermieter dem Mieter den überschießenden Betrag zu vergüten; §§ 473, Satz 2, Halbs. 2, 537 BGB. Wenn er also den Mietzins schon erhalten hatte, muß er diesen und auch die Differenz herauszahlen, andernfalls bekommt er gar keinen Mietzins und muß seinerseits noch die Differenz hinzuzahlen.[1])

Für den Fall, daß die Nebenleistungen in vertretbaren Sachen bestehen, enthält § 473 keine direkten Bestimmungen.

In diesem Falle läßt die herrschende Meinung[2]) eine verhältnismäßige Kürzung beider Leistungen eintreten, da weder Satz 1[3]) von § 473 noch Satz 2[4]) entsprechend anwendbar sei.[5])

Bei Unmöglichkeit der Rückgabe der Nebenleistungen in natura wird der Vermieter nach dem Grundsatze genus perire non censetur ein entsprechendes Quantum aus der Gattung zu erstatten haben. Die Herabsetzung der Gegenleistung an dem allein in Geld festgesetzten Preise wird erst dann einzutreten haben, wenn die Gattung untergegangen ist.

3. Die Verpflichtung des Vermieters zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

a) Die gesetzlichen Voraussetzungen.

Das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen steht dem Mieter zunächst beim Vorhandensein von Sachmängeln und dem gleichgestellten Mangel zugesicherter Eigenschaften nach § 538, Abs. 1 zu.

538, Abs. 1, lautet:

„Ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art bei dem Abschlusse des Vertrages vorhanden oder entsteht ein solcher

1) Oertmann zu § 473, Nr. 1a, Abs. 4.

2) Oertmann zu 473, Nr. 1b, α. Planck, II, zu § 473, Nr. 2; Goldmann-Lilienthal I, § 136, II, 2, Anm. 14.

3) Die entsprechende Anwendbarkeit von § 473 Satz 1 vertritt noch Staudinger II, 2, zu § 473, Nr. 2b, 4.

4) Die Unanwendbarkeit von Satz 2 vertritt auch Staudinger a. a. O. Nr. 4.

5) Tumpowsky, S. 20 will dem Mieter die Wahl geben, ob er die Minderung an der Geldleistung oder an dem nicht in Geld bestehenden Teile des Mietzinses vornehmen will. — Die gesetzliche Begründung dieser Ansicht ist m. E. zweifelhaft.

Mangel später infolge eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter, statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Für Mängel im Recht ist der Schadensersatzanspruch im § 541 festgestellt. Da der Wortlaut dieses Paragraphen bereits oben[1]) zitiert ist, so mag hier nur bemerkt werden, daß er den § 538 beim Vorhandensein von Rechtsmängeln für entsprechend anwendbar erklärt.

Aus diesen beiden Paragraphen ergeben sich für die ersten beiden Mängelkategorien folgende, gemeinsame Voraussetzungen zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches.

Als prinzipielle Grenze zwischen den verschiedenen Möglichkeiten der Geltendmachung stellt der § 538, Abs. 1 — und demgemäß auch § 541 — den Zeitpunkt des Vorhandenseins der Mängel fest.

Danach kann der Mieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen:

Wenn zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages ein Sach- oder Rechtsmangel vorhanden ist — im letzteren Falle mit der Wirkung der gänzlichen oder teilweisen Entziehung der Mietsache durch den Dritten —, oder eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

Dieser Grundsatz, der über die sonstigen allgemeinen Grundsätze des BGB. in seiner Schärfe bei weitem hinausgeht, beruht auf der Erwägung, daß der Mieter nicht nur durch die Zusicherung einer Eigenschaft für deren Vorhandensein einzustehen hat, sondern durch den Mietvertrag als solchen für die Gebrauchsfähigkeit der Sache Garantie übernimmt.[2])

Es macht also lediglich die Tatsache des Vorhandenseins eines Mangels zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages den Vermieter haftbar, gleichgültig, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt oder nicht. Ferner kommt nichts darauf an, ob ihm der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte[3]), ferner ob er für ihn erkennbar war, oder ob es ihm möglich war, den Mangel zu beseitigen.[4])

---

1) Seite 19.
2) Motive II, S. 377; Planck II, zu § 538, N 1a, α, Tumpowky S. 43.
3) Dernburg II, 2, § 218, Nr. IV, 1.
4) Cosack I, § 135, Nr. II, 5a.

Unerheblich ist ferner, ob der Mangel durch Handlungen des Vermieters, Zufall oder den Eingriff Dritter entstanden ist.[1]) Hier sei gleich bemerkt, daß Dernburg unter „den durch Eingriff eines Dritten entstandenen Mängeln“ nur Sachmängel verstehen kann, nicht aber etwa Entziehung der Mietsache durch unberechtigte Eingriffe Dritter. Beim Vorhandensein von Mängeln dieser Art ist dem Mieter, wie wir unten[2]) sehen werden, der Schadensersatzanspruch aus § 538, Abs. 1 nicht gegeben. Der Vermieter trägt ferner die Gefahr aller geheimen Mängel.[3])

Eine schwer wiegende Konsequenz dieser Normierung, auf die Cosack[4]) aufmerksam macht, ist die, daß, wenn eine Mietsache vor Abschluss des Mietvertrages durch einen, vom Vermieter nicht zu vertretenden Zufall gänzlich zerstört wird, der Mieter gemäß § 325 keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hat, wohl aber steht ihm dieser Anspruch zu, wenn die Sache durch dasselbe Ereignis nur beschädigt wird.

Die zweite Gruppe von Fällen, in denen dem Mieter der Schadensersatzanspruch gewährt wird, ist die, wo ein Mangel nach Abschluss des Mietvertrages entsteht.

Hier sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

Der Vermieter hat den Mangel zu vertreten.

Die Voraussetzung des Begriffes „Zu vertreten haben“ ergibt sich aus dem § 276 und dem § 278 BGB.

Nach § 276 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Vorsätzliches Verschulden des Vermieters liegt vor, wenn er durch eine absichtliche Handlung oder Unterlassung bewußt gegen die Obligation verstößt.[5]) Dabei ist jedoch zu bemerken, daß sich die Absicht des schuldigen Vermieters nur auf die Handlung oder Unterlassung als solche, nicht zugleich auf ihre schlimmen Folgen zu erstrecken braucht.[6]) Es genügt, daß der schuldige Vermieter zur Zeit der Handlung oder Unterlassung die Folgen als notwendig und unausbleiblich voraussah.[7])

---

1) Dernburg a. a. O; ERG. in Jur. Wochenschrift 02, Beilage 12, S. 271.
2) Seite 32 f.
3) Staudinger II, 2 zu § 538, Nr. II, 1. Mittelstein S. 110.
4) Cosack I, § 135, Nr. 6 a, β.
5) Cosack I, § 71, II 1 a.
6) So auch Dernburg II, 1, § 63, II, S. 146. Endemann I, § 112, Anm. 6.
7) Motive I, S. 280 verlangen als Voraussetzung des Vorsatzes Wollen des Erfolges.

Streitig ist die Frage, ob zum Vorsatz das Bewußtsein der Wahrscheinlichkeit oder entfernten Möglichkeit des Eintrittes der Folgen genügt.[1])

Der Begriff der Fahrlässigkeit wird in dem BGB. als Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt fixiert.

v. Liszt[2]) und Matthiaß[3]) bestreiten, daß wir es im § 276 mit einer Definition zu tun hätten. Mit dieser scheinbaren Begriffsbestimmung würde nur der Grad der vom Schuldner zu leistenden Sorgfalt bestimmt.

Demgegenüber nehmen Dernburg[4]), Planck[5]), Enneccerus-Lehmann[6]), Weyl[7]) mit Recht an, daß es sich im § 276 um eine Bestimmung des Wesens der Fahrlässigkeit handele. Weyl sagt richtig: Eine weitere Erörterung dieses Streites wird auf eine Erörterung des Begriffes Definition hinauslaufen; das sei unfruchtbar; denn der Inhalt von § 276, Abs. 1, Satz 2 sei nicht mißzuverstehen.

Als genügend ist nach dem Gesetze diejenige Sorgfalt anzusehen, welche die verständige Verkehrssitte fordert, „eine Sorgfalt, welche die rechte Mitte zwischen der Ängstlichkeit des Pedanten und der Leichtfertigkeit des Unbesonnenen hält".[8])

Der Vermieter hat ferner gemäß § 278 ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Eine Haftung des Vermieters für sein oder seines Vertreters Verschulden besteht aber nur gegenüber dem Mieter, nicht gegenüber dessen Familienangehörigen.[9]) Dies ist die notwendige Konsequenz aus dem Wesen der Obligation als eines Bandes zwischen den vertragschließenden Teilen.

---

1) Cosack a. a. O. verneint die Frage. Vergl. v. Hippel, Göttinger Festgaben für Regelsberger, 01, S. 353. Für eine eingehende Erörterung ist hier nicht der Raum.

2) Deliktsobligationen S. 55, sub 2.

3) Matthiass I, S. 271.

4) Dernburg II, 1, § 63, II, 2, S. 147.

5) Planck I, S. 40.

6) Enneccerus Lehmann I, S. 291, II, 1.

7) Weyl, Verschuldensbegriffe S. 130.

8) Cosack I, § 71, II, 2b. α nimmt hier m. E. in dem Streit, ob ein individueller oder abstrakter Massstab anzulegen sei, einen vermittelnden Standpunkt ein, allerdings mit leiser Betonung des individuellen Momentes. Den rein individuellen Beurteilungsstandpunkt vertritt: Litten, Haftung des Tierhalters S. 69; v. Liszt, Deliktsobligationen S. 55. Die herrschende Lehre vertritt die abstrakte Beurteilungsmethode: Dernburg II, 1, § 63, II, 2c. Oertmann zu § 276, 1b α, ββ; Endemann I, § 113, Anm. 8.

9) Staudinger II, 2 zu § 536, A. 5. Seufferts Archiv Bd. 58, Nr. 29

Ohne Rücksicht übrigens auf ein Verschulden hat der Vermieter bei einer Gattungsschuld sein Unvermögen zu vertreten, § 279 BGB., so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist.

Die zweite Gruppe von Fällen, in denen der Vermieter für einen, nach Abschluß des Mietvertrages entstehenden Mangel schadensersatzpflichtig wird, ist die, daß der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug gerät.

Ein weiteres Moment, insbesondere ein für die Entstehung des Mangels kausales Verschulden des Vermieters wird nicht erfordert.

Der Vermieter gerät nun nach § 284 BGB. in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Mieters nicht leistet, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt.

Demnach sind drei Voraussetzungen zur Verzugsbegründung erforderlich.

Fälligkeit der Verpflichtung des Vermieters. Dieses Erfordernis ist regelmäßig mit dem Vorhandensein eines Mangels erfüllt.

Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit. Eine Form für die Mahnung ist nicht vorgeschrieben. Sie muß nur unzweideutig ersichtlich werden lassen, daß der Mieter die sofortige Leistung verlange,[1]) d. h. die Beseitigung des Mangels.

Endlich ist erforderlich, daß der Schuldner auf die Mahnung hin nicht leistet, d. h. die Leistung muß sofort erfolgen, nachdem gemahnt ist.[2])

Der Verzug tritt jedoch nach § 285 BGB. nicht ein, wenn die Leistung, d. h. die Beseitigung des Mangels infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Vermieter nicht zu vertreten hat.

Demgemäß kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, wenn der Mieter ihm von dessen Existenz Anzeige gemacht und der Vermieter den Mangel nicht sofort beseitigt hat, es sei denn, daß der Vermieter das Vorhandensein eines für die Nichtbeseitigung kausalen Umstandes dartut, den er nicht zu vertreten hat.

Tumpowsky[3]) ist der Ansicht, daß auch unberechtigte Eingriffe Dritter und sonstige, außerhalb der Sache liegende Mängel unter dieser Gruppe von Fällen vom Gesetz mitbegriffen sind. Er folgert dies daraus, daß das BGB., während es im ersten

1) Cosack I, § 105, Nr. I, 2a. Staudinger II, 1 zu § 284, Nr. 2c. Oertmann § 284, Nr. 2c.
2) Planck II, zu § 284, Nr. 7a.
3) Tumpowsky S. 45|46.

Fall des § 538 ausdrücklich von einem „Mangel der im § 537 bezeichneten Art", im zweiten Falle des § 538 von einem „solchen Mangel" spreche, hier nur sage: „Beseitigung eines Mangels", demnach darunter alle vorkommenden Arten von Mängeln verstanden wissen wolle.

Dem möchte ich nicht beistimmen.[1])

Das Gesetz hat bei der Miete überhaupt nur zwei Kategorien von Mängeln geschaffen: Sach- und Rechtsmängel. Wenn nun hiermit auch nicht gesagt ist, daß es andere Mängel nicht kenne, vielmehr oben[2]) das Gegenteil dargetan ist, so sind doch in allen Fällen, wo das Gesetz von Mängeln spricht — und zwar in den übrigen Fällen laut ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift — nur Sach- und Rechtsmängel zu verstehen. Wenn nun in diesem einzigen Falle die präzise Bezeichnung unterblieben ist, so hat dies m. E. seinen Grund einmal in der Rücksichtnahme auf den Sprachstil, da eine nochmalige Wiederholung desselben Ausdrucks unschön sein würde, fernerhin wohl zweifellos in der Erwägung, daß eine nochmalige präzise Bezeichnung hier überflüssig sei, da nach dem Vorangegangenen ein Zweifel kaum möglich ist.

Es ist auch nicht abzusehen, warum des Gesetz gerade bei dieser Gruppe von Fällen dem Vermieter die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung aus § 538, Abs. 1 wegen unberechtigter Eingriffe Dritter und sonstiger, außerhalb der Sache liegender Mängel hätte auferlegen wollen, in den anderen Fällen des § 538, Abs. 1 — in Betracht käme dann insbesondere der erste Fall des § 538, Abs. 1 — aber nicht.

Wenn Tumpowsky ferner sagt,[3]) diese aus der von ihm vertretenen Meinung gezogenen Konsequenzen hätten auch nichts Auffallendes, da für den Fall, daß der § 538 nicht so weit gefaßt wäre, der Mieter in den Fällen des unberechtigten Eingriffes eines Dritten oder eines anderen, außerhalb der Sache liegenden Mangels schon nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatz beim Verzuge des Vermieters fordern könne, so trifft dies aus folgenden Gründen nicht ohne weiteres zu:

Nach § 286 BGB. hat der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. Dieser

---

1) Der hier vertretenen Meinung auch Planck II, zu § 538, 1 a, γ.
2) Seite 12, 15.
3) Tumpowsky S. 46, Anm. 2.

Schaden ist aber nicht gleichbedeutend mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Der § 326 BGB., der den Leistungsvorzug bei gegenseitigen Verträgen regelt, bestimmt, daß der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst nach fruchtloser Setzung einer Nachfrist fordern kann, außer wenn er dartut, daß die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr habe.

Die §§ 284, 285 BGB. verlangen, daß der Verzug auf einem Umstande beruhe, den der Vermieter zu vertreten habe, oder richtiger: die Bestimmung des § 285 hat die Bedeutung, daß präsumiert wird, der Vermieter habe den Verzug zu vertreten, und daß der Vermieter, wenn er den Verzugseintritt abwenden will, darzutun hat, daß er den die Leistung verzögernden Umstand nicht zu vertreten habe.

Weist der Vermieter also nach, daß er den unberechtigten Eingriff eines Dritten oder den Eintritt eines, außerhalb der Sache liegenden Mangels nicht zu vertreten habe, so kommt er überhaupt nicht in Verzug, kann also niemals haftbar gemacht werden.

Dementgegen stellt der dritte Fall des § 538, Abs. 1 keineswegs das Erfordernis auf, daß der Vermieter den Sach- oder Rechtsmangel — und demgemäß auch die dadurch herbeigeführte Verzögerung der Leistung — zu vertreten habe, und gibt ihm auch keineswegs die Möglichkeit, sich zu exkulpieren. Er haftet für den Sach- oder Rechtsmangel, gleichgültig, ob er ihn zu vertreten hat oder nicht, sobald er nur mit der Beseitigung in Verzug kommt. Nur auf diese bezieht sich der Verzug und nur bezüglich der Beseitigung des Mangels kann sich der Vermieter auf einen Umstand berufen, den er nicht zu vertreten habe und infolge dessen die Beseitigung des Mangels unterblieben sei, — ein Beweis, der in den meisten Fällen weitaus schwieriger zu erbringen sein dürfte, als im Falle des Vorhandenseins eines unberechtigten Eingriffes eines Dritten oder eines außerhalb der Sache liegenden Mangels der Nachweis, daß dieser auf einem vom Vermieter nicht zu vertretenden Umstande beruhe.

Hieraus ergibt sich, daß die Voraussetzungen und Konsequenzen der Haftung des Vermieters im dritten Falle des § 538, Abs. 1 nach allgemeinen Grundsätzen ganz andere sind, als nach den Sonderbestimmungen des zitierten Paragraphen.

Liegen nun diese Voraussetzungen vor, so kann der Mieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Hier ist nun außerordentlich bestritten die Frage, in welcher Art und Weise Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten sei, insbesondere dreht sich der Streit um die rechtliche Qualifizierung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und der Einfügung des darauf gerichteten Anspruches in das Vertragsverhältnis.

Die erste Meinung[1]) sagt, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten habe, so erfasse der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht den ganzen, gegenseitigen Vertrag, sondern nur die Verpflichtung, bei der das den Anspruch begründende Moment vorgelegen habe. An die Stelle dieser Verpflichtung trete die Entschädigungspflicht des säumigen Teiles. Dagegen bestehe die Verpflichtung des nicht säumigen Teiles zur Gegenleistung fort und bestehe als Äquivalent für die an die Stelle der ursprünglichen Leistung getretene Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung; das synallagmatische Verhältnis bestehe also fort. Wenn der nichtsäumige Teil also Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehre, in den sich ja die ursprüngliche Verpflichtung des säumigen Teiles verwandelt habe, so verlange er damit Erfüllung des gegenseitigen Vertrages und habe also seinerseits die Gegenleistung zu bewirken.

Die Gegenmeinung[2]) führt aus, der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sei nimmermehr Anspruch auf Erfüllung; vielmehr sei, wenn der nichtsäumige Teil den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend mache, der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen; damit werde aber auch der Anspruch des säumigen Teils auf Erfüllung ausgeschlossen, weil der nichtsäumige Teil nur zu erfüllen brauche, wenn der säumige seinerseits erfülle. Da aber die Erfüllung vonseiten des säumigen Teiles durch die Geltendmachung des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen sei, und da der Schadensersatz wegen Nichterfüllung keinesfalls der Leistung, der ursprünglichen Verpflichtung gleichstehe, so entfalle damit

1) Vertreten von: Kaufmann, Deutsche Jur.-Zeitg. Bd. IV, S. 152. Gölte, ebenda IV, S. 399. Oertmann zu § 325, Nr. 1b, c. Planck II, zu § 325, Nr. 1a. Schollmeyer zu § 325, Bemerk. Nr 2. Endemann I, § 125, Anm. 42 u. 27. Lehmann-Ring II, zu § 376 HGB., Nr. 58. Kisch in Herings Jahrbüchern 44, S. 68 ff. Paech, Leistungsverzug S. 165. Tumpowsky S. 49.

2) Vertreten von: Schöller bei Gruchot, Bd. 44, S. 603 ff., Bd. 45, S. 511 ff., Bd. 46 S. 265; Oswalt in Deutsch. Jur.-Zeitung, IV, S. 214. Krahmer, gegenseitige Verträge S. 56. Müller im „Recht" 05, S. 545 ff. — Dernburg, II, 1, § 98, N. V, 1; Cosack I, § 99, Nr. 2a, § 130; Staudinger II, 1, Vorbem. zu § 323, B und 325, Nr. 1a; Staub II, Excurs zu § 374, Anm. 24 ff., S. 1493|94. Borcherdt, § 20, S. 39, 1, 2. ERG. Bd. 50, Nr. 59, S. 262; Bd. 57, Nr. 25, S. 106; Bd. 58, Nr. 45, S. 177.

auch die Gegenleistung. Der Vertrag bleibe durch Schuld des säumigen Teiles unerfüllt und der nichtsäumige Teil könne den Schaden verlangen, der ihm dadurch erwachsen sei, daß der säumige Teil nicht erfüllt.

Ich möchte mich der zweiten Meinung anschließen, da die hier aufgeführten Gründe m. E. durchschlagend sind, und da insbesondere über das Moment nicht hinwegzukommen ist, „daß überall da, wo das Gesetz von Schadensersatz wegen Nichterfüllung spreche, dieser den direkten Gegensatz zur Erfüllung bedeute, die Erfüllung ersetze und demnach mit der ursprünglichen Leistung unmöglich identisch sein könne, daß ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der auf Erfüllung geht, ein Widerspruch in sich sei.“ [1])

Hierzu kommt für den Mietvertrag noch die Erwägung, daß Naturalrestitution hier in den meisten Fällen mit Beseitigung des Mangels identisch sein würde. Das Gesetz hätte demnach diese, bereits in den §§ 535/536 aufgestellte Verpflichtung des Vermieters hier noch einmal wiederholt. Diese Konsequenz ist aber unannehmbar.

Wir kommen demnach zu dem Resultat, dass der Vermieter den Mieter in Geld zu entschädigen habe.

Diese Verpflichtung zur Entschädigung ist eine Verpflichtung zur Leistung des vollen Schadens, insbesondere auch des entgangenen Gewinns, sofern dieser nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, § 252 BGB.

Dagegen kann der Mieter für einen Schaden ideeller Art, insbesondere für das Affektionsinteresse, Schadensersatz nicht verlangen.[2])

Eine Streitfrage besteht ferner darüber, ob bei Vorhandensein von Sachmängeln der Mieter unter Ablehnung des möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung fordern dürfe, und welche Voraussetzungen für die Geltendmachung dieses Rechtes bestehen.

Schöller[3]) bejaht die Frage, indem er ausführt, es könne unmöglich angenommen werden, daß das Gesetz einen weiter-

---

1) Schöller bei Gruchot Bd. 45, S. 530.

2) Staudinger II, 2 zu § 538, Nr. IV, 3. Tumpowsky S. 50.

3) Gruchot Bd. 46, S. 276. Derselben Meinung — für den Kauf —: ERG. 52, S. 355. Staub, II, Excurs zu § 377, Anm. 87, S. 1633|34.

gehenden Schadensersatzanspruch als innerhalb der Grenzen des § 537 — und in sonstigen Fällen teilweiser Nichterfüllung — habe ausschließen wollen. Dies würde eine Verweigerung der Entschädigung des schuldigen Vermieters gegenüber dem geschädigten, nichtschuldigen Mieter bedeuten. Es könne Fälle geben, in denen dem Mieter dadurch, daß ihm der Schadensersatzanspruch nur für die Dauer bezw. den Umfang der Nichtgewährung gegeben würde, sein Schadensersatzanspruch illusorisch gemacht würde.

Voraussetzungen der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen vollständiger Nichterfüllung unter Ablehnung des möglichen Teiles der Leistung seien nicht die §§ 325, 326 BGB., sondern die Erfordernisse des § 542, und ferner das Moment, daß die Nichterfüllung auf einem, vom Vermieter zu vertretenden Umstande beruhe.

Mir scheint, daß die Meinung Schöllers, trotz der hohen praktischen Bedeutung ihres Resultates, in ihrer Begründung nicht einwandfrei ist; insbesondere vermag ich die innere Notwendigkeit der Zugrundelegung der Voraussetzungen aus § 542 BGB. und die Aufstellung des weiteren Momentes eines vom Vermieter zu vertretenden Umstandes nicht einzusehen. Die Feststellung dieser Voraussetzungen erscheint mir willkürlich und aus dem Gesetze jedenfalls nicht zu entnehmen.

Daher möchte ich in dieser Frage der Meinung Plancks[1]) beitreten, der entgegen der Ansicht Schöllers ausführt, daß der Mieter nicht in jedem Falle sich auf den Standpunkt stellen dürfe, als habe der Vermieter überhaupt nicht erfüllt, daß er also nicht ohne weiteres die Sache zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sondern zunächst immer nur Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen könne. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages könne er nur geltend machen, wenn dies durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt sei. —

Von Bedeutung ist noch die Bestimmung des § 254, wonach der Schadensersatz des Mieters je nach den Umständen beschränkt oder ausgeschlossen wird, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten selbst mitgewirkt hat,[2]) sei es nun, daß diese Mitwirkung eine positive oder eine negative gewesen ist.

1) Planck II, zu 538, Nr. 1b in Verb. mit § 463, Nr. 4.
2) Planck II zu § 254. Oertmannn zu § 254. Cosack I, § 90, Nr. V, 2a. Tumpowsky S. 50.

b) Juristische Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Was die rechtliche Natur des Schadensersatzanspruchs angeht, so ist zu sagen, daß wir es hier mit einem Anspruch im Sinne des BGB. zu tun haben. —

Die Verjährungszeit dieses Anspruches ist übrigens die regelmässige von dreißig Jahren, da das Gesetz eine besondere, die Verjährungsfrist normierende Bestimmung nicht enthält.

c) Beweislast.

Was die Beweislast bei dem Schadensersatzanspruche betrifft, so hat der Mieter nachzuweisen,[1]) daß ihm ein Schaden entstanden ist, daß der den Schaden verursachende Mangel besteht und schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden war, oder vom Vermieter zu vertreten war, bezw. daß dieser mit der Beseitigung in Verzug geraten sei.

4. Verpflichtung des Vermieters zum Ersatze der erforderlichen Auslagen bei Selbstbeseitigung von Mängeln durch den Mieter.

a) Die gesetzlichen Voraussetzungen.

§ 538, Abs. II giebt dem Mieter das Recht für den Fall, daß der Vermieter mit der Beseitigung eines Sach- oder Rechtsmangels in Verzug kommt, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Auslagen zu verlangen.

§ 538, Abs. II lautet:

„Im Falle des Verzuges des Vermieters kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.“

Zunächst ist zu bemerken, daß das Recht des Mieters, die zur Beseitigung eines Mangels erforderlichen Auslagen ersetzt zu verlangen, soweit es auf § 538 Abs. II gestützt wird, nur beim Vorliegen eines Sach- und Rechtsmangels gewährt wird, nicht dagegen beim Vorhandensein eines unberechtigten Eingriffs eines Dritten oder eines sonstigen, außerhalb der Sache liegenden Mangels. Es gelten in dieser Hinsicht die oben [2]) gemachten Ausführungen.

Dagegen ergibt sich das Recht des Mieters auf Selbstbeseitigung und Erstattung der Aufwendungen in den Fällen

1) Mittelstein S. 111|112. Staudinger II, 2 zu § 538, No. III. Seufferts Archiv Bd. 36, Nr. 118.
2) Oben, Seite 32, 33.

des unberechtigten Eingriffes eines Dritten und eines ausserhalb der Sache liegenden Mangels aus der Erwägung, daß der Vermieter gemäß §§ 535, 536 allgemein zur Beseitigung eines Mangels jeder Art verpflichtet ist, und daß, wenn der Mieter für den Vermieter diese Verpflichtung erfüllt, er als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt und gemäß § 677, 683, 670 BGB. Erstattung der Aufwendungen verlangen kann, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, § 670, BGB.

Dieses Recht des Mieters in den genannten Fällen würde sich, wenn man die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht für gegeben erachten sollte, auch aus den §§ 812, 157 und 242 BGB. ergeben, wie man denn überhaupt gemeint hat, daß die ausdrückliche Statuierung des Rechtes auf Erstattung der Aufwendungen im § 538 Abs. 2 aus dem erwähnten Grunde überflüssig sei.[1])

Betont muß werden, daß neben der Vorschrift des § 547, Abs. 1, der von der Verpflichtung des Vermieters zum Ersatze der vom Mieter auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen spricht, die Bestimmung des § 538, Abs. 2, keineswegs überflüssig ist, da der § 547, Abs. 1, nur von den notwendigen Auslagen spricht, die erforderlichen des § 538, Abs. 2, aber durchaus nicht immer hierunter zu fallen brauchen.

Was nun die Verwirklichung dieses Rechtes des Mieters im Falle des Vorhandenseins eines Sachmangels bedeutet, ist fraglos und unbestritten.

Dagegen herrscht Streit über die Frage, was dieses Recht beim Vorhandensein eines Rechtsmangels dem Mieter für Befugnisse verleiht. Indessen lassen sich diese verschiedenen Meinungen m. E. recht wohl vereinigen.

Zunächst sind Cosack[2]) und Crome[3]) der Ansicht, daß der Mieter dem Dritten das Recht abkaufen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen dürfe.

Demgegenüber meint Mittelstein,[4]) der Mieter dürfe das Recht dem Dritten nicht abkaufen, sondern nur ein Abstandsgeld zahlen. Tumpowsky[5]) sagt zutreffend, daß ein Unterschied hier zwischen Kaufgeld und Abstandsgeld kaum bestehen dürfte,

---

1) Tumpowsky S. 53.
2) Cosack I, § 135, Nr. II, 6b.
3) Crome in Herings Jahrbüchern, 37, S. 45.
4) Mittelstein S. 126|127. Ebenso Oertmann zu § 541, Nr. 2b.
5) Tumpowsky S. 52.

da in dem Abstandsgeld wie in dem Kaufgeld jedenfalls immer die Abgeltung für den Wert des Rechtes liegen würde.

Die Frage, in welcher Weise der Mieter sein Selbstbeseitigungsrecht beim Vorhandensein des Rechtes eines Dritten geltend machen darf, kann m. E. nur im Einzelfalle unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben entschieden werden. Danach wird das Schwergewicht darauf zu legen sein, daß der Mieter sich nicht auf unverhältnismäßige Leistungen einlässt, sondern die Interessen des Vermieters tunlichst berücksichtigt.[1])

b) Juristische Natur des Rechtes des Mieters auf Erstattung der Verwendungen.

Das Recht des Mieters den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, stellt, ebenso wie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, einen Anspruch im Sinne des Gesetzes dar. Wenn Staudinger[2]) die Beseitigung eines Sach- oder Rechtsmangels durch den Mieter gemäß § 538, Abs. II als Geschäftsführung ohne Auftrag ansieht und das Recht auf Ersatz von Verwendungen hieraus ableitet, so ist dies für die Fälle von Sach- und Rechtsmängeln[3]) aus dem Grunde unzutreffend, weil eine Geschäftsführung ohne Auftrag nur vorliegen kann, wenn der Geschäftsführer dem anderen gegenüber einen Rechtsgrund zur Vornahme der Handlung nicht hat; hier wird aber im § 538, Abs. 2 ausdrücklich ein Recht zur Selbstbeseitigung für den Mieter statuiert.[4])

c) Verhältnis des Rechtes aus § 538, Abs. 2 BGB., zu dem aus § 538, Abs. 1 BGB.

Das Verhältnis des Rechtes aus § 538, Abs. 2, zu dem aus § 538, Abs. 1, ist in der Weise zu konstruieren, daß das Recht auf Selbstbeseitigung des Mangels und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen dem Mieter neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zusteht; er kann also außer dem Ersatze der erforderlichen Aufwendungen auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.[5])

---

1) Mittelstein S. 126|127. Schöller bei Gruchot, 46, S. 264. Planck II, zu § 541, Nr. 1c. Staudinger II, 2, zu § 541, Nr. II, 2c.

2) Staudinger II, 2 zu § 538, Nr. II, 3a, c.

3) Für die Fälle des Vorhandenseins des unberechtigten Eingriffs eines Dritten oder eines ausserhalb der Sache liegenden Mangels siehe oben Seite 39.

4) Tumpowsky S. 54; Oertmann zu § 538, Nr. 2, Abs. 3.

5) Fischer-Henle zu § 538, Abs. 2, Nr. 6. In der übrigen Litteratur ist diese Frage, soviel ich gesehen habe, nicht erörtert.

5. Das sofortige Kündigungsrecht des Mieters.

a) Die gesetzlichen Voraussetzungen.

Analog dem dem Käufer beim Vorhandensein von Mängeln gewährten Wandlungsrechte hat das Gesetz dem Mieter unter gewissen Voraussetzungen ein sofortiges Kündigungsrecht gegeben, das Recht, wie es der erste Entwurf nannte, „vom Vertrage für die Zukunft zurückzutreten".

Die Voraussetzungen der Geltendmachung dieses Rechtes sind leichtere als nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. BGB., da ein nach allgemeinen Grundsätzen gewährtes Rücktrittsrecht im Hinblick auf die Zwecke der Miete den praktischen Bedürfnissen nicht genügen würde,[1]) und da beim Vorliegen gewisser Verhältnisse nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dem Mieter die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.[2])

Dieses Recht statuiert das Gesetz in den §§ 542—544.

§ 542 zunächst lautet, Abs. 1 und 2:

„Wird dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen. Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhülfe zu schaffen. Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat.

Wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches ist die Kündigung nur zulässig, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird."

Aus der Fassung dieses Paragraphen ergibt sich, daß er ein allgemeines Prinzip enthält, daß es also insbesondere gleichgültig sein soll, welche Ursache der Nichtgewährung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches zugrunde liegt, sofern nur die im allgemeinen aufgestellten Voraussetzungen des Paragraphen erfüllt sind. Es fallen mithin Mängel jeglicher Art unter diesen Paragraphen,[3]) insbesondere sind sämtliche

---

1) Motive II, S. 419.

2) Staudinger II, 2 zu § 542, Nr. II, A, 1.

3) Motive II, S. 419; Oertmann zu § 542, Nr. 2; Planck II, zu § 542, Nr. 1a; Staudinger II, 2 zu § 542, Nr. II, A, 1; Mittelstein S. 114; Brückner S. 65; Borcherdt S. 47; Tumpowsky S. 72.

vier Arten von Mängeln, wie wir sie oben festgestellt haben, geeignet, dieses Recht für den Mieter auszulösen. In diesem Umfange gehört der Paragraph in diese Darstellung.

Im einzelnen werden folgende Voraussetzungen erfordert:

Die Hinderung oder Vorenthaltung des vertragsmäßigen Gebrauches muß eine erhebliche sein, § 542, Abs. 2.

Die Aufstellung dieses Momentes ist gerechtfertigt mit Rücksicht auf die sehr weitgehenden Befugnisse, die dem Mieter in diesem Paragraphen gewährt werden[1]) und wurde für nötig gehalten, um einen, auf unlauteren Absichten beruhenden Mißbrauch des Rücktrittsrechtes zu verhüten.[2])

Die Frage nach der Erheblichkeit der Hinderung oder Vorenthaltung wird unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes zu entscheiden sein;[3]) dies geht m. E. insbesondere daraus hervor, daß, wie wir sehen werden, bei unerheblicher Hinderung oder Vorenthaltung die Kündigung nur beim Vorliegen eines besonderen Interesses gerechtfertigt ist, daß also in diesem Ausnahmefalle das subjektive Interesse des Mieters berücksichtigt wird.

Eine unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches wird insbesondere anzunehmen sein beim Vorhandensein von Mängeln, die den Gebrauch der Mietsache nur in unbedeutendem Maße und Umfange beeinträchtigen[4]), oder sich nur auf einen nicht erheblichen Teil des Gegenstandes[5]) oder des Gebrauches[6]) beziehen oder die Sache während einer an sich nicht erheblichen Zeit entziehen.[7])

Im übrigen wird die Entscheidung im Einzelfalle nach Treu und Glauben zu treffen sein.

Trotz Unerheblichkeit der Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches kann jedoch der Mieter das Kündigungsrecht ausüben, wenn dies durch ein besonderes Interesse seinerseits gerechtfertigt wird, also auch eine objektiv unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung berechtigt den Mieter in diesen Fällen zur Geltendmachung des Kündigungsrechtes.[8])

---

1) Tumpowsky S. 73.

2) Motive II, S. 420.

3) So auch Oertmann zu § 542, Nr. 1c; Staudinger II, 2, zu § 542, Nr. II, B 1; Mittelstein S. 115; wohl auch Arnold S. 58|59; insbesondere Anm. 7.

4) Tumpowsky S. 73.

5) Oertmann zu § 542, Nr. 1c.

6) Borchert S. 48, III.

7) Tumpowsky S. 73; Oertmann zu § 542, Nr 1c.

8) Vergl. die Beispiele bei Oertmann zu § 542, Nr. 1c. Tumpowsky S. 74.

Wann ein solches, besonderes Interesse vorliegt, ist Tatfrage. Im allgemeinen wird man sich jedoch davor hüten müssen, rein subjektiven Verhältnissen des Mieters hier allzusehr Raum zu gewähren, da das dem Mieter gewährte Recht im Verhältnisse zu den Verpflichtungen des Vermieters ein immerhin sehr einschneidendes Mittel ist.[1])

Bei Ausbedingung besonderer Eigenschaften der Mietsache durch den Mieter wird es sich zwar auch immer um ein besonderes Interesse des Mieters handeln,[2]) indessen wird eine solche Ausbedingung richtiger als die Zusicherung einer Eigenschaft aufzufassen sein; es wird also auch in diesen Fällen niemals eine unerhebliche Hinderung vorliegen.[3])

Weitere Voraussetzung der Geltendmachung des Kündigungsrechtes ist ferner, daß der Mieter dem Vermieter eine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt habe und der Vermieter diese Frist ohne Abhülfe zu schaffen, verstreichen läßt.

Wenn Staudinger[4]) und Tumpowsky[5]) meinen, daß der Mieter den Vermieter jedesmal auffordern müsse, den Mangel innerhalb der Nachfrist zu beseitigen, — ein Erfordernis, daß auch die Protokolle[6]) aufstellen, — so ist dies m. E. unzutreffend,[7]) da daß Gesetz eine derartige Pflicht des Mieters nicht statuiert. Es muß als genügend angesehen werden, wenn sich aus den Erklärungen des Mieters, insbesondere z. B. der Hervorhebung des Mangels und den sonstigen Umständen ergibt, daß der Mieter dem Vermieter die Frist zur Beseitigung des Mangels setze.

Ebensowenig ist erforderlich, daß der Mieter erklärt, er werde nach fruchtlosem Ablaufe der Frist kündigen.[8])

Die Frist muß eine angemessene sein. Das Merkmal der Angemessenheit bestimmt sich aus den Umständen und dem konkreten Vertragszweck, nicht einseitig aus den Sonderinteressen oder -verhältnissen der einen oder der anderen Partei.[9]) Insbesondere ist auch hier der Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden.

1) Staudinger II, 2 zu § 542, Nr. II, B 2.
2) Mittelstein S. 116; Staudinger II, 2 zu § 542, Nr. II, B. 2; Brückner S. 66.
3) Tumpowsky S. 75.
4) Staudinger II, 2 zu § 542, Nr. II C. 1b.
5) Tumpowsky S. 75.
6) Protokolle II, S. 229.
7) Ebenso Planck II zu § 542, Nr. 1b, α.
8) Staudinger II, 2 zu § 542 Nr. II C 1b; Planck II zu § 542, Nr. 1b, α. Mittelstein S. 117; Niendorf S. 100.
9) Oertmann zu § 250, Nr. 3.

Ist die Frist zu lang, so ist darin auch die angemessene Frist enthalten.

Äußerst umstritten ist dagegen die Frage nach der Wirksamkeit und der Bedeutung einer zu kurz bemessenen Frist.

Hier haben sich drei Gruppen von Meinungen gebildet:

Erste Meinung:[1]) Die Setzung einer unangemessenen Frist ist wirkungslos.

Zweite Meinung:[2]) Die Stellung einer unangemessenen Frist setzt die Frist in Lauf, welche nach der ganzen Sachlage als angemessen erscheint.

Die Vertreter einer dritten Meinung divergieren im einzelnen von einander. Goldmann-Lilienthal[3]) legt das Gewicht auf den Sinn der Aufforderung, Staub[4]) ist der Ansicht, wenn der Schuldner auf die zu kurz bemessene Frist schweige, so sei das Genehmigung; protestiere er, so habe er selbst eine andere Frist zu bestimmen, die dann, wenn angemessen, maßgebend sei; Staudinger[5]) meint, die Frist sei angemessen, wie sie nach den vorliegenden Umständen zur ordnungsmäßigen Bewirkung der Leistung ausreichend ist.

Ich möchte mich im Anschluß an die von Oertmann vertretene Meinung dahin entscheiden, daß die Setzung einer unangemessenen Frist im allgemeinen die angemessene Frist in Lauf setzt, und zwar besonders im Hinblick auf das Interesse des Schuldners, der im Vertrauen auf die Fristsetzung mit der Beseitigung des Mangels beginnt, und dem daraus, daß die Frist zu kurz war und er mit der Beseitigung des Mangels nicht fertig wurde, nicht insofern ein Schade erwachsen darf, als der Gläubiger sich an die Frist nicht mehr für gebunden hält und nun vielmehr erklärt, eines der übrigen, ihm zustehenden Mängelrechte geltend machen zu wollen. Dem Schuldner wird nur in dem Falle das Recht zustehen, sich um die gesetzte Frist nicht zu kümmern, wenn der Gläubiger trotz Hinweises des Schuldners auf der unangemessenen Frist bestehen bleibt. Zu

---

1) Crome § 151, Nr. I, 2a; Ennecerus S. 412; Schollmeyer zu § 250, Nr. 5. Niendorff S. 100. Bedingt: Planck II, zu § 250 Nr. 2b: „es sei denn, dass in der Erklärung des Gläubigers eventuell die Leistung innerhalb der wirklich angemessenen Frist ausdrücklich oder stillschweigend gefordert sei."

2) Vertreten von Cosack I, § 105, Anm. 18. Dernburg II, § 33, Nr. 4. Paech, Leistungsverzug S. 157; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, S. 230; Romeick, Fristsetzung S. 37 ff. Im Prinzip auch Oertmann zu § 250, Nr. 3. ERG. Bd. 56, Nr. 59, S. 234; OLG. Hamburg bei Seuffert 59, Nr. 74, S. 137.

3) Goldmann-Lilienthal I, § 75, 4c, Anm. 11, S. 300.

4) Staub, II, Excurs zu § 374, Anm. 89, S. 1520|21.

5) Staudinger, II, 1, zu § 250, Nr. 4.

diesem Hinweise wird der Schuldner nach Treu und Glauben verpflichtet sein,[1]) da andernfalls sein Schweigen im Regelfalle als Genehmigung anzusehen sein wird,[2]) es sei denn, daß die Frist offensichtlich eine so kurze ist, daß die Beseitigung des Mangels ganz ausgeschlossen ist.

Andrerseits wird die angemessene Frist nicht in Lauf treten und wird man den Gläubiger nicht an die Frist gebunden sein lassen, wenn der Schuldner von vornherein die Beseitigung des Mangels ernstlich verweigert.

Die Setzung einer Nachfrist ist nun unnötig in folgenden Fällen:

wenn die Vertragserfüllung infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat, § 524 Abs. 1, S. 3;

wenn diese Vorschrift nach der Meinung Tumpowskys[3]) die Bedeutung haben soll, daß der Mieter infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes kein Interesse an der Beseitigung des Mangels habe, so ist dies nicht zutreffend, weil nach dieser Formulierung der Mieter an der Erfüllung der Verpflichtung des Vermieters, nicht aber an der Erfüllung des Vertrages, d. h. an der Leistung gegen Gegenleistung kein Interesse mehr hat. Dies wird aber meist einen ganz erheblichen Unterschied bedeuten;

wenn der Mietvertrag sich als ein Fixgeschäft i. S. des § 361 BGB. darstellt;[4])

wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist[5]). In diesem Falle wäre es widersinnig, von dem Mieter noch die Setzung einer Nachfrist zur Beseitigung zu verlangen. Die bloße Unwahrscheinlichkeit der Einräumung des Gebrauchs der Mietsache berechtigt dagegen nicht zur Geltendmachung des Kündigungsrechtes;[6])

wenn von dem Vermieter bestimmt die Beseitigung der Mängel verweigert oder von unzulässigen Bedingungen abhängig gemacht wird.[7])

---

1) Oertmann zu § 250 Nr. 3c, Abs. 2; entgegengesetzt Planck II, zu § 250, Nr. 2c.
2) So auch Staub, II, Excurs zu § 374, Anm. 89.
3) Tumpowsky S. 76.
4) Motire II, S. 420.
5) Schöller bei Gruchot 46, S. 270|71. Tumpowsky S. 76.
6) E. des KG in Rspr. OLG IX, S. 4 Nr. 1c. 14. Zivilsen.-Urt. v. 9. XI. 1903.
7) Niendorff, S. 101.

Weitere Voraussetzungen zur Geltendmachung des Kündigungsrechtes verlangt das Gesetz nicht, insbesondere kein Verschulden des Vermieters hinsichtlich der Nichtgewährung der Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauches. Auch eine auf einem zufälligen Umstande beruhende Entziehung oder Nichtgewährung verleiht dem Mieter das Kündigungsrecht.[1])

Liegen nun diese Voraussetzungen vor, so kann der Mieter das Mietverhältnis fristlos kündigen. Dabei ist gleichgültig, aus welchem Grunde der Vermieter die angemessene Frist verstreichen läßt, ohne Abhülfe zu schaffen.[2])

Falsch ist daher die Meinung der Motive[3]), Staudingers[4]) und Fränkels[5]), daß der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug geraten sein müsse. Aus dem Gesetz ist für diese Meinung ein Anhaltspunkt nicht zu entnehmen.

Sehr bestritten ist die Frage, ob der Vermieter mit Rücksicht darauf, daß der Mieter bei der Fristsetzung nicht zu erklären braucht, die Erfüllung des Vertrages nach dem Ablaufe der Frist abzulehnen, und daß das Gesetz nicht den Anspruch auf Erfüllung nach Ablauf der Frist, wie in anderen Fällen[6]) ausschließt, den Mangel nicht auch nach dem Ablauf der ihm vom Mieter gesetzten angemessenen Frist beseitigen dürfe, sofern die Beseitigung nur noch vor der Kündigung erfolgt.

Wenn Staudinger [7]) — unter Zitierung der Motive — der Meinung ist, daß jede Hinhaltung seitens des Vermieters die Ausübung des Kündigungsrechtes begründe, so ist dies zweifellos unzutreffend, da diese Ansicht aus der Fassung des Gesetzes nicht zu begründen ist, § 542, Abs. 1, Satz 2 vielmehr nur davon spricht, daß der Vermieter die ihm vom Mieter gesetzte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen.[8]) Tumpowsky[9]) zieht daraus, daß der Vermieter bei Streitigkeiten über die rechtzeitige Beseitigung des Mangels nach § 542, Abs. 3 zu beweisen habe, daß er den Mangel vor Ablauf der Frist beseitigt habe, die Folgerung, das Gesetz

1) Motive II, S. 419; Mitttelstein S. 114; Tumpowsky S. 73; Oertmann zu § 542, Nr. 2.
2) Tumpowsky S. 77; Mittelstein S. 117.
3) Motive II, S. 419.
4) Staudinger II, 2 zu § 542, Nr. II, C. 1.
5) Fränkel S. 18|19.
6) Conf. § 326 BGB.
7) Staudinger II, 2, zu § 542, Nr. II, C. 1 d.
8) Ebenso Tumpowsky S. 78.
9) Tumpowsky S. 79.

sähe die Beseitigung nach Ablauf der Frist nicht als rechtzeitig an.

Demgegenüber stehen Mittelstein[1]), Planck[2]) und Schöller[3]) auf dem Standpunkt, daß der Mieter den Mangel noch rechtzeitig beseitige, wenn er ihn nach Ablauf der Frist beseitigt habe, bevor ihm die Kündigung zugegangen sei.

Ich möchte dieser Meinung beitreten. Der Absatz 3 des § 542 steht m. E. nicht entgegen, da er nur den Regelfall berücksichtigt, daß der Mieter sofort nach Ablauf der Frist gekündigt habe und der Vermieter behauptet, er habe innerhalb der Frist den Mangel beseitigt. Wenn der Mieter aber nach dem Ablaufe der Frist mit der Kündigung noch zaudert, eine Zeit verstreichen läßt und der Vermieter noch innerhalb dieser Zeit vor Zugehen der Kündigung den Mangel beseitigt, so liegt in diesem Zaudern des Mieters eine stillschweigende Verlängerung der Frist, oder ein stillschweigender Verzicht auf Innehaltung der zuerst gestellten Frist, so daß mithin eine Ablehnung der Leistung seinerseits ausgeschlossen ist. Mindestens würde eine solche Ablehnung gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen und unter Umständen sich sogar als Verletzung aus § 226 BGB. darstellen.

b) Juristische Natur des Kündigungsrechtes.

Das Kündigungsrecht ist seinem rechtlichen Wesen nach das Recht, den Mietvertrag durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Vorschriften der §§ 130 ff. BGB. untersteht, aufzulösen. Es ist demnach ein Recht, selbst zu handeln, kein Anspruch im Sinne des Gesetzes. Erst aus der Geltendmachung des Kündigungsrechtes können unter Umständen Ansprüche erwachsen.

Es ist von durchaus selbständiger Struktur und weder mit dem Wandlungsrechte beim Kaufe, noch mit dem sonst im BGB. statuierten Rücktrittsrechte zu vergleichen, geschweige denn zu identifizieren. Wenn daher Borcherdt[4]) kündigen „vom Vertrage zurücktreten“ nennt, und wenn er ferner[5]) sagt: „das Kündigungsrecht ist danach teils ein Wandlungsrecht wegen Gewährsmängeln . . . . , teils ein über die Grenzen des allgemeinen

1) Mittelstein S. 117.
2) Planck II, zu § 542, Nr. 1, b. α.
3) Schöller bei Gruchot Bd. 46, S. 270.
4) Borcherdt S. 47/48.
5) Seite 49 oben.

Rücktrittsrechtes hinaus . . . . erweitertes Rücktrittsrecht", so ist dies unzutreffend.

Das Kündigungsrecht unterscheidet sich von dem Wandlungs- wie von dem Rücktrittsrecht dadurch, daß diese beide[1]) den Vertrag ex tunc lösen, also von der Vergangenheit an, während das Kündigungsrecht den Vertrag ex nunc, für die Zukunft aufhebt, demnach mit der Wirksamkeit der Kündigung der Erfolg eintritt, als sei ein Mietvertrag überhaupt nicht geschlossen worden.

Eine wichtige praktische, aus diesem Unterschiede entspringende Konsequenz, auf die Titze[2]) aufmerksam macht, ist die, daß der Gläubiger einer in dem Mietvertrage für den Fall schuldhafter Nichterfüllung ausbedungenen Konventionalstrafe bei Ausübung des Rücktrittsrechts mangels besonderer Vereinbarung die Konventionalstrafe nicht verlangen könne, wohl aber bei Geltendmachung des Kündigungsrechtes.

Daß das Gesetz dem Mieter nicht ein Rücktritts-, sondern ein Kündigungsrecht gegeben hat, erklärt sich übrigens aus dem ganzen Wesen der Miete, insofern als die bei dem Rücktrittsrechte eintretende Konsequenz der Verpflichtung zur beiderseitigen Rückerstattung der gewährten Leistungen gemäß § 346 BGB., die sich bei der Miete, wo es sich um die Benutzuug der Sache handelt, nach § 346 Satz 2 in Vergütung des Wertes verwandeln würde, im Einzelfalle betreffs ihrer Durchführung wohl erhebliche Schwierigkeiten machen würde.

Sehr bestritten ist die Frage, ob die Kündigung unter einer Bedingung erfolgen dürfe.

Die herrschende Meinung[3]) verneint diese Frage und verwirft eine derartige Kündigung als wirkungslos in der Erwägung, daß die Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Erklärung nur dann wirksam sein könne, wenn sie so deutlich bestimmt sei, daß der andere Teil nicht im Zweifel sein könne, ob und wann das Vertragsverhältnis als gelöst anzusehen sei. Es widerspreche demnach dem Zwecke dieser Erklärung, wenn ihre Wirksamkeit von dem Eintritt einer Bedingung, also eines z. Z. noch ungewissen Ereignisses abhängig gemacht

---

1) Die Frage nach dem rechtlichen Unterschiede des Rücktritts- vom Wandlungsrechte zu erörtern, würde hier zu weit führen.

2) Titze, S. 286, b.

3) Planck II zu § 564, Nr. 2c. Endemann II, § 170, Anm. 6. Cosack I, § 61, Nr. V. Motive II, S. 413. Tumpowsky S. 83; Arnold, S. 138; Mittelstein S. 221; Fränkel S. 62, c; Brückner S. 126; Anm. 1.

werde und zwar auch dann, wenn die Erfüllung der Bedingung lediglich von dem Willen des Empfängers abhinge, da sie auch in diesem Falle nicht dem Zwecke genüge, den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit festzulegen.

Auf der anderen Seite[1]) wird die Meinung vertreten, daß eine Kündigung unter einer Bedingung, deren Erfüllung lediglich vom Willen des Kündigungsempfängers abhinge, zulässig sei, denn in diesem Falle liege für den Kündigungsempfänger keine Ungewissheit vor.

Eine weitere Meinung[2]) entscheidet die Frage noch allgemeiner dahin, daß eine Bedingung dann der Kündigung nichts schade, sofern nur der Kündigungsempfänger nicht im ungewissen darüber gelassen werde, ob und wann Erfüllung verlangt werde, ob das Rechtsverhältnis gelöst sei oder nicht.

Fuld[3]) geht sogar soweit, nicht nur eine aufschiebend, sondern auch auflösend bedingte Kündigung zuzulassen und zwar ausnahmslos.

Ich möchte mich nun, mit Rücksicht darauf, daß man den Charakter der Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung im Hinblick auf Sicherheit und Klarheit der Verkehrsverhältnisse, insbesondere auf die wirtschaftliche Lage des Kündigungsempfängers konstruiert, dahin entscheiden, daß die Frage nach der Zulässigkeit der bedingten Kündigung nur im Einzelfalle zu entscheiden sei und zwar unter Zugrundelegung des allgemeinen Gesichtspunktes, daß die unter einer Bedingung erfolgende Kündigung ihrem Inhalt und Wesen nach derart klar bestimmt sein muß, daß der Kündigungsempfänger nicht im Ungewissen über seine rechtlichen Verpflichtungen bleiben kann; hierunter würden dann beispielsweise auch Potestativbedingungen, deren Erfüllung in das Belieben des Kündigungsempfängers gestellt wäre, gehören.

In dem Falle, wo der Kündigungsempfänger in eine ihm bedingt zugehende, infolge der Bedingung aber unbestimmt gewordene Kündigung einwilligt,[4]) würde m. E. ebenfalls eine gültige Kündigung vorliegen; denn da der Empfänger auf sein Recht eine solche Kündigung als wirkungslos abzulehnen verzichtet, läge eine Heilung des Mangels der Kündigung vor;

1) Thiele im Archiv f. zivil. Praxis 89, S. 89, 147 ff. Staudinger II, 2 zu § 564, Nr. II, 2b; Niendorff S. 216; RG. bei Bolze 22, Nr. 264; Seufferts Arch. 57, Nr. 60, S. 100.

2) Goldmann-Lilienthal I, § 86, Anm. 8 S. 342; Rehbein I, S. 228. Im Prinzip wohl auch Oertmann zu § 564, Nr. 2b; auch Staub I zu § 66, Anm. 10, S. 311. Lehmann-Ring I, zu § 66, Nr. 4, S 166.

3) Fuld S. 153 f.

4) Staudinger II, 2 zu § 564, Nr. II, 2b; Arnold S. 138.

der Empfänger erklärt sich damit einverstanden, daß ein unsicherer und für ihn ungünstiger Rechtszustand geschaffen werde.

Kündigt nun der Mieter, so wird das Mietverhältnis von dem Augenblick an gelöst, wo dem Vermieter die Kündigung zugeht; der Zeitpunkt des Zugehens bestimmt sich nach den §§ 130—132 BGB. Nur bis zu diesem Zeitpunkte ist der Mieter zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet.

Hatte der Mieter den Mietzins bereits im Voraus gezahlt, so ist wegen des Umfanges der Rückerstattungspflicht zu unterscheiden, ob die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgte, den der Vermieter zu vertreten hatte, oder nicht, § 543, Abs. 2 BGB.

Im ersten Falle hat er dem Mieter den im Voraus entrichteten Mietzins nach Maßgabe des § 347 BGB. zurückzuerstatten, also nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit an gelten. Soweit der Mietzins in Geld besteht, muß er vom Eintritte der Rechtshängigkeit an mit 4 % jährlich verzinst werden, § 246 i. V. mit 347 BGB.

Fraglich ist, ob der § 346 hier ebenfalls Anwendung finden soll. § 543, Abs. 2 erwähnt ihn zwar nicht, indessen muß seine Anwendbarkeit wohl mit Rücksicht darauf angenommen werden, daß, wenn der Mietzins nicht in Geld besteht, was ja zulässig ist, sondern beispielsweise in der Gewährung der Benutzung einer Sache, der § 347 versagt; nach § 346, Satz 2 wäre also dann der Wert zu vergüten.[1])

Hat der Vermieter den Mangel nicht zu vertreten, so haftet er auf die Herausgabe des im Voraus gezahlten Mietzinses nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, gemäß §§ 812 ff. BGB.

c. Beweislast.

Die Beweislast vertritt sich nun bei der Geltendmachung des sofortigen Kündigungsrechtes in der Weise, daß zunächst der Mieter zu beweisen hat:

daß er dem Vermieter eine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt habe, daß diese Frist angemessen sei, und daß die Kündigung nach dem Ablaufe der Frist erfolgt sei,

oder:

daß er eine Frist nicht zu setzen brauchte, weil die Er-

1) Ebenso Planck II, zu § 543, Nr. 2. Tumpowsky S. 84.

füllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für ihn kein Interesse gehabt habe.

Wendet demgegenüber der Vermieter ein, daß die Kündigung unzulässig sei, weil er die Sache dem Mieter in mangelfreiem Zustande gewährt oder den Mangel beseitigt habe, so hat,

wenn der Mieter die nach seiner Behauptung zur Zeit der Überlassung mangelhafte Sache als Erfüllung, also vorbehaltlos angenommen hat, er gemäß § 363 BGB. die Beweislast.

In allen übrigen Fällen hat der Vermieter nach ausdrücklicher Vorschrift der § 542, Abs. 3 den Beweis zu führen, daß er den Gebrauch der Sache rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablaufe der Frist die Abhilfe bewirkt habe.

Gibt der Mieter zu, daß die Sache zur Zeit der Überlassung sich in mangelfreiem Zustande befunden habe, daß ihm aber der vertragsmäßige Gebrauch durch einen im Laufe der Mietzeit entstandenen Mangel wieder entzogen sei, so hat er als derjenige, der die Veränderung eines Zustandes durch ein später eintretendes Ereignis behauptet, hierfür die Beweislast.[1])

Wendet der Vermieter ein, der Mangel sei unerheblich gewesen, so ist die Frage streitig, ob der Vermieter die Unerheblichkeit oder der Mieter die Erheblichkeit zu beweisen habe.

Staudinger[2]) scheint dem Mieter den Beweis für die Erheblichkeit zu geben. Er behauptet, der Mieter habe außer der erfolgten Kündigung das Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen für die Ausübung des Kündigungsrechtes darzutun. Unter diesen führt Staudinger[3]) aber auch die Erheblichkeit der Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauches auf.

Die herrschende Meinung,[4]) die ich für zutreffend halte, gibt die Beweislast für die Unerheblichkeit dem Vermieter, indem sie davon ausgeht, daß das Gesetz die Unerheblichkeit des Mangels im § 542, Abs. 2, als etwas Besonderes behandele, das die im übrigen zulässige Kündigung erst ausschließe.

Dieser Auffassung entspricht auch, daß der Mieter gegenüber dem, vom Vermieter erbrachten Beweise der Unerheblichlichkeit des Mangels nun seinerseits darzutun hat, daß die Kün-

---

1) Planck II, zu § 542, Nr. 2; Cosack I, § 135, Nr. II, 9; Goldmann-Lilienthal I, § 154, Nr. IV. 4 S. 553; Borcherdt S. 48, 49, Anm. 1; Fuld S. 64; Tumpowsky S. 80.

2) Staudinger II, 2, zu § 542 Nr. IV, Abs. 2.

3) Standinger II, 2 zu 542, Nr. II, B.

4) Oertmann zu § 542, Nr. 4. Planck II, zu § 542, Nr. 2. Goldmann-Lilienthal I, § 154, Nr. IV, 4. Mittelstein S. 115, Nr. 5 und 118; Tumpowsky S. 81; Fuld S. 64; Borcherdt S. 48, Anm. 1.

digung zulässig sei, weil sie durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt sei.

d) Das sofortige Kündigungsrecht bei gemeinsamer Vermietung mehrerer Sachen.

Sind mehrere Sachen zusammen vermietet und wird der vertragsmäßige Gebrauch nur von einzelnen nicht gewährt, so regelt sich das sofortige Kündigungsrecht des Mieters nach § 543, Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 469, 471 BGB in folgender Weise.

Die mehreren vermieteten Sachen stehen nicht im Verhältnis von Haupt- und Nebensache zu einander.

Hier ist wieder zu unterscheiden:

Die Sachen sind nicht als zusammengehörend vermietet.

In diesem Falle kann der Mieter nur wegen einzelner, mangelhafter Sachen kündigen, auch wenn ein Gesamtmietzins für alle festgesetzt ist, §§ 543, Abs. 1, 469, Satz 1.

Die Sachen sind als zusammengehörend vermietet.

Auch in diesem Falle kann der Mieter zunächst nur in Ansehung einzelner Sachen kündigen. Wenn jedoch die Sachen, bezüglich deren ein Mangel besteht, nicht ohne Schaden für die eine oder die andere Vertragspartei von den übrigen getrennt werden können, so kann sowohl der Mieter die Kündigung auf alle Sachen ausdehnen, als der Vermieter verlangen, daß dies geschehe, §§ 543, Abs. 1, 469, Satz 2. Kommt der Mieter diesem Verlangen nicht nach, so ist die Kündigung nichtig.

Die mehreren vermieteten Sachen stehen im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache zu einander.

In diesem Falle erstreckt sich die Kündigung wegen eines Mangels der Hauptsache ohne weiteres auf die Nebensache. — Ist nur die Nebensache mangelhaft, so kann nur wegen dieser gekündigt werden, §§ 543, Abs. 1, 470.

Wenn nun im Falle der Vermietung mehrerer Sachen gegen einen Gesamtmietzins wegen einzelner Sachen gekündigt wird, so ist der Mietzins der nicht gekündigten Sachen nach § 471 BGB. zu berechnen, § 543, Abs. 1. Hiernach wird zunächst der z. Z. des Vertragsschlusses angemessene Mietzins aller Sachen in mangelfreiem Zustande festgestellt und ebenso der zur selben Zeit angemessene Mietzins der nicht gekündigten Sachen. Der vereinbarte Gesamtmietzins ist dann in dem Ver-

hältnis zu mindern, in dem der angemessene Mietzins aller Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem angemessenen Mietzins der von der Kündigung nicht ergriffenen Sachen gestanden hätte.

Ob die genannten Bestimmungen auch Anwendung finden, wenn es sich um die Vermietung mehrerer Räume eines Hauses handelt, ist bestritten.

Mittelstein[1]) und Tumpowsky[2]) verneinen die Anwendbarkeit, letzterer mit der Begründung, daß einzelne Räume keine Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern Sachbestandteile seien. Es dürfe demnach nicht § 543, Abs. 1, sondern nur § 542 angewendet werden.

Demgegenüber stehen Fuld[3]) und wohl auch Staudinger[4]) auf dem Standpunkt, daß auch bei der Vermietung mehrerer Räume eines Hauses die Vorschriften über die Vermietung einzelner Sachen Anwendung finden, d. h. daß sich die Kündigung hinsichtlich der Hauptsache auch auf die Nebensache erstrecke, und daß, wenn die Nebensache allein mangelhaft sei, Kündigung nur wegen dieser erfolgen könne, ausgenommen, wenn eine solche Trennung für den Mieter von besonderem Nachteile sei.

Ich bin der Meinung, daß diese Frage nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden muß, insbesondere unter Berücksichtigung des Zweckes und Sinnes des Vertrages, der Absicht und des Interesses der Parteien.

Es kann Fälle geben, wo die Vermietung mehrerer Räume die Vermietung einer Einheit, einer Gesamtheit bedeutet, und wo dem Mieter, obwohl die einzelnen Räume unter sich im Verhältnis von Haupt- und Nebensache stehen, nicht zugemutet werden kann, daß er wegen eines etwa mangelhaften Nebenraumes kündigen dürfe, die übrigen Räume aber behalten müsse.

Andererseits erscheint mir die von Tumpowsky aus der Terminologie des BGB. abgeleitete Begründung verfehlt, da das Gesetz bei der Miete überhaupt nicht von Sachbestandteilen, sondern immer von Sachen spricht, darunter aber auch, wie zum Beispiel bei der Vermietung eines einzelnen Raumes oder Stockwerkes einen Sachbestandteil versteht, so daß der Ausdruck „Sachen“ hier nicht im Sinne von selbständiger körperlicher

1) Mittelstein S. 119.
2) Tumpowsky, S. 86, Nr. 3.
3) Fuld S. 62.
4) Staudinger II, 2 zu § 543, Nr. II b.

Einheit zu verstehen sein wird, sondern darunter alles inbegriffen ist, was Gegenstand der Miete sein kann.

Es kann daher Fälle geben, wo auch bei Vermietung mehrerer Räume es sich um die Vermietung mehrerer Sachen handelt, z. B. wenn die Räume getrennt von einander liegen, wenn sie zu einem verschiedenen und von einander unabhängigen Zweck bestimmt sind. In diesem Falle würde die Auffassung, daß die mehreren Räume eine einheitliche Sache bildeten und die aus dieser Auffassung entspringende Konsequenz, dem Mieter wegen der mangelhaften Beschaffenheit eines Raumes das Kündigungsrecht in Ansehung aller zu gewähren, leicht zu unbilligen Resultaten führen.

e) Das sofortige Kündigungsrecht des Mieters aus § 544 BGB.

Das Gesetz hat im § 544 dem Mieter im Falle der Gefährdung der Gesundheit ein sofortiges Kündigungsrecht gewährt, daß über das aus § 542 mehrfach hinausgeht, und zwar ist der Zweck der Bestimmung darin zu sehen, daß sie ein soziales Schutzmittel gegen Ausbeutung des Mieters bilden soll.[1])

§ 544 lautet:

„Ist eine Wohnung oder ein anderer zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum so beschaffen, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, so kann der Mieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, auch wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschlusse des Vertrages gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat."

Aus diesem Wortlaute ergibt sich, daß der § 544 seinem ganzen Umfange nach in diese Darstellung gehört.

Die Voraussetzungen des sofortigen Kündigungsrechtes aus § 544 sind nun im einzelnen folgende:

Zunächst muß es sich um eine Wohnung oder einen anderen zum Aufenthalte von Menschen bestimmten Raum handeln.

Hierunter werden alle Räumlichkeiten zu verstehen sein, die bestimmungsgemäß Menschen auf eine immerhin längere Zeit aufnehmen sollen, nicht dagegen Räumlichkeiten, die nur auf

---

1) Oertmann zu § 544, Nr. 1.

kurze Zeit betreten zu werden pflegen. Nicht erforderlich ist, daß die Räume ausschließlich zum Aufenthalte von Menschen bestimmt sind; dagegen sind Räume, die in erster Linie einem anderen Zwecke als dem der Aufnahme von Menschen dienen sollen, in denen sich Menschen aber auch aufzuhalten pflegen, wie z. B. Viehställe[1]) nicht als unter § 544 fallend anzusehen.

Der § 544 verlangt weiter, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden sei.

Daß ein Schade bereits eingetreten sei, wird nicht verlangt, sondern nur eine Gefährdung. Andererseits kann die Gefahr einer ganz leichten Erkrankung nicht genügen, ebensowenig die ganz entfernte, bloße Möglichkeit des Eintritts einer ernsteren Erkrankung;[2]) daß es sich dagegen immer um die naheliegende Gefahr einer ernsteren Erkrankung handeln müsse,[3]) kann nicht erfordert werden, vielmehr ist durchaus beachtlich die Bemerkung Fulds,[4]) daß eine an sich unerhebliche Gefährdung infolge des längeren Aufenthaltes in der Wohnung zu einer erheblichen werden könne, und ferner die Bemerkung Kuhlenbecks,[5]) daß zunächst unbedeutende Gesundheitsstörungen oft sehr schwere Erkrankungen zur Folge haben können. — Man wird jedenfalls den Ausdruck „erheblich“ nicht zu strikt interpretieren dürfen.[6]) — Die Art und Weise der Gesundheitsgefährdung ist gleichgültig;[7]) insbesondere, ob sie in einer Gefahr akuter oder chronischer Erkrankung besteht.[8])

Bestritten ist die Frage, ob es bei der Abschätzung der Gefährdung auf die subjektiven Verhältnisse des Mieters ankomme, oder ob ein objektiver Maßstab anzulegen sei.

Die erstere Ansicht, die jetzt wohl nur noch von Fuld[9]) vertreten wird, muß mit Rücksicht darauf abgelehnt werden, daß das Gesetz dem Mieter in diesem Paragraphen schon weitgehende Befugnisse einräumt, und daß eine noch weitere zu seinen Gunsten erfolgende Ausdehnung eine Beeinträchtigung der Interessen des Vermieters mit sich bringen würde,[10]) und ferner wäre bei der Aufstellung des subjektiven Maßstabes der

1) Oertmann zu § 544, Nr. 2a.
2) Oertmann a. a. O., Nr. 2b.
3) Mittelstein S. 122; Staudinger II, 2 zu § 544, Nr. III, 2a.
4) Fuld S. 74|75.
5) Von den Pandekten zum BGB. II, S. 299|300.
6) Tumpowsky S. 88. Fuld S. 74.
7) Oertmann zu § 544, Nr. 2b.
8) Oertmann ebenda.
9) Fuld S. 74|75.
10) Tumpowsky S. 89.

chikanösen Kündigung Tor und Tür geöffnet. Der Vermieter müßte, um sich zu schützen, in diesem Falle über den Gesundheitszustand des Mieters und seiner Angehörigen, — denn auch zu ihren Gunsten wirkt der § 544 — genaue Erkundigungen einziehen.[1])

Im übrigen ist aber aus dem Wortlaut des Paragraphen in seiner allgemeinen Fassung, insbesondere daraus, daß der Paragraph nur von einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit schlechthin,[2]) nicht etwa von einer solchen des einzelnen Mieters spricht, ferner daraus, daß der Paragraph — vergl. den Schluß — eine schon vorhandene gefahrbringende Beschaffenheit, nicht eine erst durch die besonderen Verhältnisse des Mieters begründete annimmt,[3]) geschlossen werden, daß das Gesetz einen objektiven Maßstab angelegt wissen will.[4])

Sind nun diese Voraussetzungen vorhanden, so kann der Mieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, ohne daß er noch eine Frist zu setzen brauchte.

B. Verhältnis der Rechte des Mieters zu einander.

1. Verhältnis der Rechte aus den §§ 537/38 zu denen aus §§ 535/36 BGB.

Macht der Mieter den Anspruch aus den §§ 535, 536 geltend, d. h. verlangt er Beseitigung des Mangels, so kann er neben diesem Anspruch auf Erfüllung Mieteminderung respektive Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen und zwar für die Zeit bis zur Instandsetzung der Mietsache. Es stehen demnach die Rechte aus §§ 537/38 zu denen aus § 535/36 im Verhältnis der Kumulation.[5])

2. Verhältnis des Rechts aus § 538 zu dem aus § 537 BGB.

Die Frage, in welchem Verhältnis das Recht des Mieters auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu dem Preisminderungs-

---

1) Oertmann zu § 544, Nr. 2b; Tumpowsky S. 89.
2) Tumpowsky S. 89.
3) Oertmann zu § 544, Nr. 2b.
4) Ebenso Tumpowsky S. 89; Mittelstein S. 122; Oertmann zu § 544, Nr. 2b; Dernburg II, 2, § 216, Nr. I, b; Staudinger II, 2 zu § 544, Nr. III, 2d; Planck II, zu § 544, Nr. 2. OLG. Jena in Rspr. d. OLG., VII, S. 17/18.
5) Ebenso Mittelstein S. 112, Nr. 6; Tumpowsky S. 69; Brückner S. 61, II, 1 und 2; Borcherdt S. 51/52.

recht bezw. Preisbefreiungsrecht steht, ist in der Litteratur bestritten.

Es findet sich einmal die Meinung vertreten,[1]) daß wir es bei diesem Verhältnis mit einer Alternativobligation im Sinne der §§ 262 ff. BGB. zu tun hätten, das heisst, daß der Mieter nach seiner Wahl das Recht aus § 537 oder 538 geltend machen kann, daß er aber, sobald er das eine oder andere durch die, dem Vermieter gegenüber abgegebene Erklärung gewählt habe, an seine Wahl gebunden sei; das Schuldverhältnis konzentriere sich demnach mit der Erklärung der Wahl auf die eine oder die andere Leistung.[2])

Aus dem Gesetze läßt sich indessen diese Meinung, nicht unmittelbar begründen.

Denn wenn es auch im § 538, Abs. 1 sagt, der Mieter könne, „statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen", so ist damit noch nicht gesagt, daß das Gesetz mit dieser Formulierung zwischen den beiden Rechten das Verhältnis der Wahlobligation schaffen wollte, zumal da es an anderen Stellen[3]) dieselbe Terminologie gebraucht, wo nach übereinstimmender Ansicht eine Alternativobligation nicht geschaffen werden sollte.

Man wird vielmehr, einmal aus der theoretischen Erwägung, daß der Schadensersatzanspruch aus § 538 sich zu den Rechten aus § 537 wie ein Mehr zu einem Minder verhält,[4]) ferner aus praktischen Erwägungen, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit eines Ausgleiches der Interessen des Mieters und Vermieters, zu der Konsequenz kommen, daß wir es hier mit einer facultas alternativa und zwar mit Gläubigerwahlrecht zu tun haben.[5]) Denn die rechtliche Lage ist für den Mieter ungleich ungünstiger, wenn man ihn in jedem Falle durch die Erklärung bereits an seine Wahl gebunden sein läßt, besonders mit Rücksicht darauf, daß ihn die Unmöglichkeit des späteren Rückgriffes vom Schadensersatzanspruch zur Mietminderung

---

1) Mittelstein S. 112; Fränkel S. 23; Auch wohl Fuld S. 69.

2) Die zitierten Schriftsteller machen hier von den Vorschriften der §§ 262 ff. BGB, einige Ausnahmen, ohne dieselben aus dem Gesetze zu belegen.

3) Z. B. § 249, Satz 2, BGB.; vergleiche dazu Planck II, zu § 249, Nr. 3. § 325, Abs. 1. Satz 3, BGB; vergleiche dazu Planck zu § 325, Nr. 2.

4) Seuffert-Archiv Bd. 59, Nr. 113. OLG. Kassel vom 26. XI. 03.

5) Vergl. hierüber: Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, Regelsberger in Jherings Jahrbüchern 16, S. 159 f. Litten, Die Wahlschuld, S 96 ff. Langheineken, Anspruch S. 211. Vergleiche auch Staudinger II, 1, Vorbemerkungen zu § 262, Nr. 5. Oertmann, Vorbemerkungen zu § 262, Nr. 2 b, β

unbillig beschweren würde, als sie es für den Vermieter ist, wenn man dem Mieter anheimgibt, bis zur Realisierung des gewählten Rechtes noch auf eine andere Gerechtsame zurückzugreifen, wenn man sein Wahlrecht also erst mit der Realisierung erloschen sein läßt.[1])

Die hier vertretene Auffassung führt demnach zu der Konsequenz, daß, wenn der Mieter zunächst Mietzinsbefreiung bezw. -minderung verlangt, er auf den Schadensersatz nicht mehr zurückgreifen kann, sobald die Erklärung dem Vermieter zugegangen ist, da es sich bei der Befreiung bezw. Minderung um bloße ipso iure wirkende Modifikationen der Verpflichtungen des Vermieters handelt, die mit der Erklärung realisiert sind. — Wenn dagegen der Mieter zunächst das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, so kann er auf die Minderung bezw. Befreiung solange noch zurückgreifen, bis sein Schadensersatzanspruch befriedigt oder der Vermieter mit der Befriedigung in Verzug gekommen ist.[2])

3. Das Verhältnis des Rechtes aus § 542 zu denen aus §§ 537, 538, 536 BGB.

Die Rechte aus den §§ 537, 538 stehen zu den aus § 542/44 im Verhältnis der Kumulation, und zwar in der Weise, daß der Mieter neben dem sofortigen Kündigungsrechte Befreiung oder Minderung des Mietzinses verlangen, bezw. den Schadensersatzanspruch geltend machen kann, und zwar für die Zeit bis zur Beendigung des Mietvertrages durch seine Kündigung.[3]) Denn die Rechte auf Befreiung und Minderung des Mietzinses waren z. Z. der Kündigung bereits entstanden. Bestritten ist die Frage, ob der Mieter neben dem Kündigungsrechte aus § 542/44 noch Ersatz des Schadens verlangen könne, den er infolge seiner Kündigung erlitten hat, z. B. indem er die Sache entbehrt, oder indem er durch Beschaffung einer neuen Mietsache Unkosten gehabt hat.

Dernburg[4]) bejaht die Frage, anscheinend unbedingt, aber ohne nähere Begründung.

1) Ders. Meinung Oertmann zu § 538, Nr. 2; Planck II, zu § 538, Nr. 1 c; Staudinger II, 2 zu § 538, Nr. I, 1a. Tumpowsky S. 61—66.

2) So auch Tumpowsky S. 66. Oertmann zu § 538, Nr. 2.

3) Ebenso Planck II, zu § 542, Nr. 5. Staudinger II, 2 zu § 544, Nr. IV und § 538, Nr. I, 1 b. Oertmann zu § 544, Nr. 5. Cosack I, § 135, Nr. 4e. Mittelstein S. 125, Nr. 10, Abs. 3. Tumpowsky S. 90. Arnold S. 61. Brückner S. 68.

4) Dernburg, II, 2, § 218, Nr. V. S. 161; Ebenso Goldmann-Lilienthal, I, § 154, Nr. IV, 6, S. 553.

Derselben Ansicht ist Niendorff.[1]) Er nimmt zur Begründung auf die gleiche Regelung im ALR, I, 21, § 385 Bezug. Der erste Entwurf, so führt er aus, habe allerdings das Recht des Mieters im Anschluß an den vorbehaltenen Rücktritt gestattet; wäre es hierbei geblieben, so wäre zweifellos nach der Natur des Rücktritts ja der Ersatzanspruch ausgeschlossen gewesen. Aber die zweite Kommission habe an die Stelle des Rücktritts- ein Kündigungsrecht gesetzt und die Bezugnahme auf den Rücktritt gestrichen. Jetzt erscheine eine Spaltung des einheitliche Vertrages in zwei selbständige, von denen der eine bis zur Kündigung bestehe, der andere aber als nicht abgeschlossen angesehen werde, nicht mehr angängig. Vielmehr erhalte jetzt der Mietvertrag durch die Kündigung ein vorzeitiges Ende. Es entspreche aber allgemeinen Grundsätzen, daß derjenige, welcher durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zur Auflösung des Vertrages herbeigeführt habe, dem Gegner zum Schadensersatze verpflichtet sei. § 535 BGB. lasse sich nicht verwerten.

Cosack[2]) will dem Mieter das negative Vertragsinteresse zubilligen, ohne nähere Begründnng dieser Ansicht.

Die Frage ist m. E. zu verneinen.

Freilich ist der Umstand, daß das Gesetz eine Verpflichtung des Mieters etwa zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses nicht statuiert, bedeutungslos, da es an anderen Stellen, wo dem einen Teil zweifellos ein solches Recht zusteht, eine ausdrückliche Erwähnung ebenfalls unterläßt.[3])

Nicht unbedenklich ist es m. E., wenn Tumpowsky[4]) und Staudinger[5]) das fristlose Kündigungsrecht des Vermieters bei fortwährend vertragswidrigem Gebrauche der Mietsache durch den Mieter zum Vergleiche heranziehen, und daraus, daß es unbillig sei, wenn der Vermieter, der den Mieter exmittiert habe, auch noch Ersatz dahin verlangen wolle, daß die Wohnung leer steht, argumentieren, ebensowenig könne dem Mieter neben dem Kündigungsrechte noch ein Ersatzansruch auf das negative Vertragsinteresse zustehen. Die wirtschaftliche Lage und die Interessenverteilung ist in beiden Fällen doch eine zu verschiedene, als daß eine analoge Anwendung angebracht erscheinen würde.

---

1) Niendorff, Mietrecht, S. 109.
2) Cosack I, § 135, 4 e, Seite 476.
3) Tumpowsky S. 91.
4) Tumpowsky, S. 92.
5) Staudinger II, 2, zu § 542, Nr. I, 4.

Die Frage muß vielmehr mit Rücksicht darauf verneint werden,[1]) daß das Kündigungsrecht hier offenbar das allgemeine Rücktrittsrecht vertritt und nur im Hinblick auf das Wesen der Miete als eines Dauerverhältnisses an die Stelle des Rücktrittsrechts getreten ist und abgesehen von der ex nunc eintretenden Wirkung dem Rücktritt gleichsteht. Ebenso wie daher beim Rücktritt vom Vertrage die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs ausgeschlossen ist,[2]) so steht auch die Kündigung mit der Geltendmachung eines Ersatzanspruches innerhalb ihres Wirkungskreises im inneren Widerspruch. „Wer den Vertrag aufgelöst wissen will, kann nicht Herstellung der Sache erheischen, auf die er nur auf Grund des bestehenden Vertragsverhältnisses Anspruch haben würde.“[3])

Hierzu kommt noch das von Tumpowsky[4]) — allerdings in anderem Zusammenhange — angeführte praktische Moment, daß die Geltendmachung des fristlosen Kündigungsrechts an sich schon eine weitgehende Befugnis enthält, und daß es im Hinblick auf die Lage des Vermieters unbillig sein würde, dieses Recht noch zu erweitern und dem Mieter noch außerdem einen Ersatzanspruch zuzubilligen.

C. Verjährung der Rechte des Mieters.

Abweichend von den Vorschriften beim Kaufe, wo die Mängelrechte einer kurzfristigen Verjährung unterliegen,[5]) hat das Gesetz bei der Miete von einer Festsetzung kurzer Verjährungsfristen abgesehen, mit Ausnahme der Bestimmung, daß das Recht des die Mängel selbst beseitigenden Mieters auf Erstattung der erforderlichen Auslagen in sechs Monaten verjährt, § 558 BGB. — Die Gründe sind, wie die Motive[6]) angeben, darin zu sehen, daß einer angemessenen Normierung besondere Schwierigkeiten entgegenstehen, da der mangelfreie Zustand der gemieteten Sache dauernd zu gewähren ist; außerdem könnten aus einer Statuierung von Präklusiv- oder von Verjährungsfristen leicht Härten und Unzuträglichkeiten für den Mieter entstehen.

---

1) Oertmann zu § 542, Nr. 3 Abs. 2. Dieselbe Begründung auch bei Borcherdt, S. 52. Die Polemik Tumpowsky, die sich gegen diese Begründung richtet mit dem Bemerken, dass es sich nicht um ein Rücktritts-, sondern um ein Kündigungsrecht handele, ist ungerechtfertigt. Derselb. Ansicht wie hier: Mittelstein S. 125, Nr. 10; Planck II, zu § 542, Nr. 5.

2) Vergl. auch Motive II, S. 210, 211.

3) Oertmann zu 542, Nr. 3 Abs. 2.

4) Tumpowsky S. 92.

5) § 477, BGB.

6) Motive II, S. 378.

Dem entspricht es dann wieder, wenn der Befugnis des Mieters auf Befreiung bezw. Minderung des Mietzinses nicht der Charakter eines Anspruches im technischen Sinne verliehen ist.

Diese Befugnisse unterliegen sonach, ebenso wie das sofortige Kündigungsrecht überhaupt nicht der Verjährung. Das Recht auf Schadensersatz und auf Beseitigung des Mangels unterliegt demnach der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren, § 195 BGB., diese beginnt mit der Entstehung des Anspruches zu laufen.

III. TEIL.

Ausschluss der Haftung des Vermieters.

Vorbemerkung.

Eine Reihe von Momenten führt zum Ausschluß der Haftung des Vermieters beim Vorhandensein von Mängeln.

Hier sind zwei Gruppen von Ausschließungsgründen zu bilden.

Der Ausschluß der Haftung des Vermieters kann beruhen auf Vereinbarung oder auf dem Gesetz.

A. Ausschluss der Haftung des Vermieters durch Vereinbarung.

1. Allgemeines.

Die Zulässigkeit eines Ausschlusses der Haftung des Vermieters ergibt sich nicht nur aus der allgemeinen Erwägung, daß die Rechtssätze der Schuldverhältnisse dispositiver Natur sind,[1]) sondern als argumentum e contrario aus dem § 540 BGB. Dieser Paragraph statuiert nämlich die Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung für den Fall, daß der Vermieter einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Daraus ergibt sich die prinzipielle Anerkennung der Ausschließung auf Grund einer Vereinbarung.

Die Vereinbarung zwischen den Parteien kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen; sie kann die Haftung des Vermieters völlig aufheben oder sie einschränken.

Von diesem Grundsatze macht das Gesetz die allgemeine, bereits oben erwähnte Ausnahme, daß die Haftung des Ver-

1) So Tumpowsky, S. 98.

mieters trotz einer ausschließenden Vereinbarung bestehen bleibt, wenn er den Mangel arglistig verschweigt.

Diese Bestimmung entspricht dem allgemeinen, im § 276, Abs. 2 BGB., ausgesprochenen Prinzip, und der speziellen, analogen Regelung beim Kauf in den Vorschriften der §§ 443, 476 und beim Werkvertrage in der Vorschrift des § 637 BGB.

Arglistiges Verschweigen liegt vor, wenn der Vermieter der Kenntnis des Mieters geradezu entgegenwirkt, einen Mangel verdeckt oder den Mieter in Sicherheit wiegt.[1]) Es muß also die Absicht des Vermieters vorhanden sein, den Mieter zu täuschen. Als arglistiges Verschweigen wird es auch anzusehen sein, wenn der Vermieter schweigt, obwohl er weiß, daß der Gegner den Mangel nicht kennt und annehmen kann, daß er nun infolge dieser Unkenntnis die Sache überhaupt, oder doch zu den vereinbarten Bedingungen annehmen werde.[2])

Dagegen ist Nichtangabe eines dem Vermieter bekannten Mangels in der Annahme, daß er auch dem Mieter bekannt sei, nicht als arglistiges Verschweigen anzusehen;[3]) ebensowenig die Nichtmitteilung bloßer Zweifel des Vermieters darüber, ob der Mangel besteht.[4])

Eine zweite Ausnahme von der Zulässigkeit der Vereinbarung des Ausschlusses der Haftung des Vermieters macht das Gesetz bei dem sofortigen Kündigungsrechte aus § 544.

Hier kann der Mieter, wenn die Benutzung des gemieteten Raumes mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auch dann kündigen, wenn er auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat.

Wenn Fuld[5]) behauptet, daß dem Mieter im Falle des § 544 auch sein Schadensersatzanspruch trotz Verzichtes erhalten bleibe, so ist dies unzutreffend; denn der § 544 spricht nur davon, daß dem Mieter das fristlose Kündigungsrecht erhalten bleibe, wenn er auf die Geltendmachung der ihm wegen der

---

1) Oertmann zu § 443, Nr. 2, Abs. 2. Planck II, zu § 443. RGE. bei Gruchot 48, S. 336 RGE. 55, S. 214, II. Zivils.-Urteil vom 26. VI. 03.

2) Oertmann a. a. O.

3) Planck II, zu § 443.

4) Planck II, zu § 443; Oertmann zu § 443 Nr. 2; Beer in Deutsch. Jur.-Zeitung 1904, S. 88 ff. Dagegen RGE. bei Seuffert, Bd. 58, Nr. 167, S. 314, V. Zivils. Urteil vom 16. V. 03. A. A. anscheinend auch RGE. bei Gruchot, 47, S. 925.

5) Fuld Seite 76.

gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet habe.[1])

2. Beweislast.

Die Beweislast verteilt sich in der Weise, daß wenn der Vermieter den Abschluß einer, die Mängelrechte des Mieters ausschließenden Vereinbarung behauptet, der Mieter zu beweisen hat, daß der Vermieter arglistig war.[2])

B. Ausschluss der Haftung des Vermieters durch das Gesetz.

1. Verschulden des Mieters.

Sämtliche Rechte des Mieters werden ausgeschlossen, wenn er die Mängel selbst verschuldet hat. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 324 BGB., wonach der Vermieter selbst dann, wenn ihm seine Leistung infolge eines vom Mieter zu vertretenden Umstandes völlig unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung behält, demnach um so viel mehr, wenn die Brauchbarkeit der Mietsache nur gemindert wird.[3])

Ein Verschulden des Mieters kann übrigens auch schon darin gefunden werden, daß die Beseitigung des Mangels im Verhältnis zum nunmehr entstandenen Schaden unverhältnismäßig wenig Aufwendungen gebraucht hätte.[4])

Bestritten ist die Frage, ob ein Verschulden des Mieters auch schon vor der Überlassung der Mietsache vorhanden sein kann.

Niendorff[5]) erkennt ein Verschulden des Mieters vor der Übergabe an, fährt aber fort, der Mieter würde in solchem Falle das Recht vom Vertrage abzugehen nicht auf § 542 stützen können, ein Satz, der in dieser Fassung m. E. nicht ganz verständlich ist; insbesondere ist nicht ersichtlich, woraus das Recht des Mieters denn sonst resultieren solle.

Oertmann[6]) bejaht die Frage gegen Titze.[7])

Ich möchte mich der Meinung Oertmanns anschließen.

---

1) Ebenso im Resultat Staudinger II, 2 zu § 544, Nr. IV, Abs. 2, Tumpowsky, S. 100 mit einer aus dem Zweck der Bestimmung des § 544 entnommenen Begründung.

2) Oertmann zu § 443, Nr. 3. Tumpowsky S. 99.

3) Oertmann zu § 537, Nr. 6, § 542, Nr. 2. Staudinger II, 2 zu § 538, Nr. V. Tumpowsky S. 101.

4) Staudinger II, 2 zu § 538 Nr. V. Urteil des KG. in Rspr. der OLG. 8, Seite 393. XV. Zivils. Urteil vom 26. I. 04.

5) Niendorff S. 105.

6) Oertmann zu § 537, Nr. 6c. Einzelne Beispiele nicht schuldhafter Handlungen bei Niendorff, S. 104|105.

7) Titze, S. 85.

Ein Verschulden seiner Gehülfen hat der Mieter je nach den Umständen nach § 278 oder nach § 831 BGB. zu vertreten.

Die Annahme der alleinigen Anwendbarkeit des § 278 ist m. E. nicht zutreffend, denn wenn der Mieter auch verpflichtet ist, die Sache vertragsmäßig zu gebrauchen, so ist hierin doch nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu erblicken, sondern vielmehr die Einschränkung der Gebrauchsbefugnis des Mieters. Die In-Gebrauchnahme der Sache erfolgt allein im Interesse und zum Nutzen des Mieters, demnach handelt es sich nicht um eine Verbindlichkeit; das Gesetz legt aber dem Mieter sekundär die Pflicht auf, die Sache, wenn er sie in Gebrauch nimmt, im Interesse des Vermieters vertragsmäßig zu gebrauchen. Er verletzt zwar durch den nicht-vertragsmäßigen Gebrauch seine Pflicht, damit ist aber nicht gesagt, daß er, wenn er den vertragsmäßigen Gebrauch macht, dadurch positiv eine Verbindlichkeit erfülle; so ist z. B. die Übertretung von Normen des Strafrechts zwar eine Verletzung des Rechts, die Nichtübertretung dagegen nicht die positive Erfüllung gewisser Pflichten.[1])

Zu bemerken ist hier, daß auch das sofortige Kündigungsrecht aus § 544 durch Verschulden des Mieters aufgehoben wird,[2]) da hier jener Zustand nicht schon der Wohnung anhaftete, sondern erst durch die Einwirkung des Mieters herbeigeführt ist, und da ferner der Satz, daß jeder verantwortliche Mensch die Gefahr seiner eigenen schuldhaften Handlungsweise trägt, auch im Bereiche des § 544 gelten muß,[3]) und da endlich in Anbetracht der weitgehenden Befugnis, die dieser Paragraph dem Mieter verleiht, die gegenteilige Ansicht für den Vermieter unannehmbare Konsequenzen ergeben würde.[4])

2. Die sonstigen gesetzlichen Ausschliessungsgründe der Haftung des Vermieters.

Vorauszuschicken ist die Bemerkung, daß die sonstigen, im Gesetze ausdrücklich geregelten Ausschließungsgründe — abgesehen von einigen Ausnahmen — nur auf das Recht auf

1) Vergl. über die Streitfrage, deren eingehende Erörterung hier zu weit führen würde, besonders Oertmann zu § 278, Nr. 3a, und die dort angegebene Litteratur.

2) Staudinger II, 2 zu § 544, Nr. III, 4. Oertmann zu § 544, Nr. 6. Mittelstein S. 123|24. Tumpowsky S. 101. Planck II, zu § 544, Nr. 2b, γ. Goldmann-Lilienthal I, § 154, VII, Anm. 32. Brückner S. 69; RGE. Bd. 51, S. 210; III. Zivils. Urteil vom 18. IV. 02. A. M. Arnold S. 63.

3) Staudinger II, 2, a. a. O.

4) Tumpowsky S. 102.

Mieteminderung und -befreiung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Selbstbeseitigung des Mangels und Ersatz der Aufwendungen und das sofortige Kündigungsrecht gelten, also nicht für das Recht, Beseitigung des Mangels vom Vermieter zu verlangen.[1])

Die Disposition des Gesetzes, wie sie in den §§ 539, 541, 543 einerseits und 545 andererseits festgelegt ist, soll auch hier eingehalten werden, mit der Abweichung, daß, soweit es möglich ist, Sach- und Rechtsmängel gemeinschaftlich dargestellt werden sollen.

a) Vorhandensein der Mängel zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages.

Für diesen Fall normiert das Gesetz drei Ausschließungsgründe:

α. Kenntnis des Mangels;

β. auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis;

γ. vorbehaltlose Annahme der Mietsache trotz Kenntnis des Mangels.

α) Kenntnis des Mangels.

Sach- und Rechtsmängel werden in diesem Falle vom Gesetz gleich behandelt, §§ 539, Satz 1, 543, Abs. I i. V. mit § 541.

Über sonstige Mängel, insbesondere unberechtigte Eingriffe Dritter und außerhalb der Sache liegende Mängel enthält das Gesetz keine Vorschriften.

Die einzelnen Voraussetzungen sind folgende:

Die Kenntnis des Mieters vom Mangel muß zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden sein. Daß das Gesetz hier unter dem Begriff „Mangel“ auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften versteht, geht daraus hervor, daß der § 539 auf den § 537 in seinem ganzen Umfange Bezug nimmt.

Zu bemerken ist ferner, daß, da eine zeitliche Beschränkung des Rechtes des Vermieters ebenfalls als ein Rechtsmangel anzusehen ist, die Kenntnis des Mieters ihm auch hier seine Rechte nimmt.

Arglistiges Verschweigen von Mängeln durch den Vermieter ist für den Ausschluss seiner Haftung naturgemäß belanglos,

---

1) Oertmann zu § 539, No. 3; Staudinger II, 2 zu § 539, Nr. II; Tumpowsky S. 102.

da ein solches Verschweigen ja auf die Kenntnis des Mieters ohne Einfluß ist.

Von dem Prinzip, daß die Kenntnis des Mieters die Haftung des Vermieters ausschließt, sind zwei Ausnahmen zu machen, die eine allgemeiner, die zweite besonderer Natur.

Trotz Kenntnis des Mieters haftet nämlich der Vermieter für das Vorhandensein von Mängeln dann, wenn vereinbart worden ist, daß der Vermieter die Mängel beseitige.[1]) Wenn das Gesetz auch hierüber nichts enthält, so ergibt sich dies doch unter allen Umständen schon aus der Erwägung, daß der Mieter ohne ein solches Versprechen seitens des Vermieters die Mietsache nicht angenommen hätte, daß also in der Vereinbarung solcher Beseitigung wohl mindestens ein Vorbehalt seitens des Mieters zu erblicken ist.

Ob die Vereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt ist, ist gleichgültig, sofern nur die Vereinbarung als zweifellos und ernstgemeint von beiden Parteien erkannt wird.[2])

Wenn besondere Eigenschaften zugesichert werden, so wird in dieser Zusicherung häufig die Vereinbarung der Herstellung der Mietsache zum mangelfreien Zustande zu erblicken sein; dem Mieter würden also auch in diesem Falle seine Rechte trotz Kenntnis erhalten bleiben.[3])

Eine besondere Ausnahme von dem Prinzip des Ausschlusses der Haftung des Vermieters bei Kenntnis des Mangels statuiert das Gesetz noch bei dem sofortigen Kündigungsrechte aus § 544.

Der Mieter kann danach bei Gesundheitsschädlichkeit der gemieteten Räume das fristlose Kündigungsrecht — nicht aber die anderen Rechte auf Minderung usw.[4]) — selbst dann geltend machen, wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschlusse des Vertrages gekannt hat, und wenn keine Vereinbarung der Beseitigung des Mangels getroffen ist.

Eine Ausnahme von dem obigen Satze, daß die hier behandelten Ausschließungsgründe nicht auf die Verpflichtung des Vermieters zur Beseitigung des Mangels Anwendung finden, ist für den Fall zu konstatieren, daß in der Kenntnis des Mieters eine stillschweigende Genehmigung des Mangels, somit ein

---

1) Oertmann zu § 539, Nr. 2. Planck II, zu § 539, Nr. 1. Staudinger II, 2, zu § 539, Nr. I, 1c. Tumpowsky S. 103.

2) Oertmann a. a. O. Planck a. a. O. Staudinger a. a. O. spricht zwar von ausdrücklicher Zusage, beruft sich aber dann auf Planck als auf die gleiche Ansicht.

3) Tumpowsky S. 104. Motive II, S. 226.

4) Cosack I, § 135 6d, S. 477. Tumpowsky, S. 105.

Verzicht auf Geltendmachung seines Rechtes zu erblicken ist, denn hier ist der durch den Mangel ausgeschlossene Gebrauch eben um deswillen nicht mehr als ein vertragsmäßiger anzusehen.[1])

Beweislast.

Den Beweis der Kenntnis des Mieters muß der Vermieter führen. Behauptet demgegenüber der Mieter ein Versprechen des Vermieters zur Beseitigung des Mangels, so trifft ihn dafür die Beweislast.[2])

β) Grobfahrlässige Unkenntnis.

Da das Gesetz an die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis bezüglich ihrer Wirkungen auf den Ausschluß der Haftung des Vermieters beim Vorhandensein von Sachmängeln andere Konsequenzen knüpft, als beim Vorhandensein von Rechtsmängeln, so sind diese beiden Kategorien hier gesondert darzustellen.

aa) Ausschluß der Haftung des Vermieters bei Sachmängeln.

Im § 539 Satz 2 und im § 543, Abs. 1 schließt das Gesetz die Haftung des Vermieters für den Fall aus, daß dem Mieter ein Mangel der im § 537, Abs. 1 bezeichneten Art in Folge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, und zwar zur Zeit des Vertragsabschlusses.

Die Mängelrechte des Mieters werden demnach nur beim Vorliegen von eigentlichen Sachmängeln, d. h. von Fehlern, die die Tauglichkeit der Sache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern, ausgeschlossen[3]) nicht aber beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Das folgt daraus, daß der § 539, Satz 2 ausdrücklich nun auf die im § 537, Abs. 1 bezeichneten Mängel bezug nimmt. Beim Fehlen von Eigenschaften trotz Zusicherung bleiben also dem Mieter seine Rechte erhalten. Dies Resultat ergibt sich auch aus der Natur der Sache; denn die Zusicherung des Vermieters begründet wieder eine besondere Pflicht; der Vermieter bindet sich durch die Zusicherung in besonderer, schärferer Weise, und dem Mieter, der sich auf die Zusage des Vermieters verläßt, kann nicht grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden.

1) Staudinger II, 2, zu § 539, Nr. II, 2. Oertmann zu § 539, Nr. 3. Tumpowsky S. 104.
2) Oertmann zu § 539, Nr. 4. Staudinger II, 2, zu § 539, Nr. III.
3) Für den Mieter besteht keine Pflicht, die Mietsache zu untersuchen: Mittelstein S. 106|107 d; Tumpowsky S. 106. Vergl. im Gegensatz § 377 HGB.

Soweit sich nun die Zusicherung von Eigenschaften in der Zusage der Abwesenheit eines Fehlers im Sinne des § 537, Abs. 1 erschöpft, behält der Mieter auch in diesem Falle seine Rechte, § 539 Satz 2 i. V. mit § 460.

Der Mangel muß dem Mieter infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein.

Unter grober Fahrlässigkeit, — ein Begriff, den das Gesetz zu definieren der Wissenschaft überlassen hat — wird man eine ganz besonders schwere Verletzung der schuldigen Sorgfalt zu verstehen haben.[1])

Die letzte Voraussetzung des Ausschlusses der Haftung des Vermieters ist endlich, daß dem Mieter der betreffende Mangel zur Zeit des Abschlusses des Vertrages unbekannt geblieben sein muß.

Auch hier statuiert das Gesetz zwei Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip, und zwar ist die erste von allgemeiner, die zweite von besonderer Natur.

Trotz grobfahrlässiger Unkenntnis des Mieters bleibt die Haftung des Vermieters dann bestehen, wenn er das Vorhandensein von Mängeln arglistig verschwiegen hat, § 539, Satz 2 i. V. mit § 460. Der Grund dieser Regelung ist wohl darin zu suchen, daß das Gesetz bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens zu dem Resultat kommt, daß arglistiges Verschweigen gegenüber grobfahrlässiger Unkenntnis die schwerere Verletzung darstellt.

Ebenso bleibt die Haftung des Vermieters im Falle des § 544 bestehen, d. h. dem Mieter bleibt das sofortige Kündigungsrecht im Falle der Gesundheitsgefährdung trotz grobfahrlässiger Unkenntnis erhalten. Das ergibt sich einmal daraus, daß im § 543 Abs. 1, der die für den Ausschluß der Haftung des Vermieters geltenden Normen auf das sofortige Kündigungsrecht aus § 542 für anwendbar erklärt, der § 544 nicht mit herangezogen ist, ferner folgt dies aber auch aus der Erwägung, daß nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift beim Vorhandensein der Voraussetzungen aus § 544 nicht einmal Kenntnis des Mangels dem Mieter seine Rechte nimmt, geschweige denn grobfahrlässige Unkenntnis.

Beweislast.

Die Beweislast verteilt sich in der Weise, daß der Vermieter den Beweis der groben Fahrlässigkeit des Mieters zu führen,

1) Oertmann zu § 276, Nr. 1 b, β. Staudinger I, Vorbemerkungen zu §§ 275–282, Nr. II, 2 b, S. 83.

der Mieter demgegenüber arglistiges Verschweigen oder die Zusicherung besonderer Eigenschaften darzutun hat.[1])

bb) Ausschluß der Haftung des Vermieters bei Rechtsmängeln.

Wenn Rechtsmängel vorhanden, aber dem Mieter infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind, so bleibt die Haftung des Vermieters trotz der auf grober Fahrlässigkeit des Mieters beruhenden Unkenntnis bestehen. Dies Resultat ergibt sich für die Rechte des Mieters auf Mieteminderung und Schadensersatz daraus, daß der § 541 nur den Satz 1 des § 539, nicht auch den Satz 2 daselbst für anwendbar erklärt, und für das sofortige Kündigungsrecht aus der im § 543 erfolgten Bezugnahme auf § 541.

Diese Regelung ist wohl daraus zu erklären, daß der Vermieter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet ist, den Mieter von einem, den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache hinderndem Rechte eines Dritten Mitteilung zu machen. Dieselbe Verpflichtung hat der Verkäufer nach der Vorschrift des § 444 BGB.[2])

γ) Vorbehaltlose Annahme der Mietsache durch den Mieter.

Der dritte Ausschließungsgrund der Haftung des Vermieters ist vorbehaltlose Annahme der Mietsache durch den Mieter in Kenntnis des Mangels.

Zuvor ist zu bemerken, daß das Gesetz, wie sich aus dem Wortlaute des § 539, Satz 2 ergibt, diesen Ausschließungsgrund nur für das Vorhandensein von Sachmängeln geregelt hat, und zwar in dem Umfange, daß unter Sachmängeln auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften inbegriffen ist. Das folgt daraus, daß der § 539, Satz 2 von einem Mangel schlechthin spricht.[3])

Für den Fall des Vorhandenseins von Rechtsmängeln ist diese Frage nach dem Ausschlusse der Haftung durch vorbehaltlose Annahme im Gesetze nicht geregelt, um, wie die Protokolle[4]) sagen, die Entscheidung dem Einzelfalle anheimzustellen.

Was den Zeitpunkt angeht, so muß der Mangel bei der Annahme der Sache vorhanden sein; belanglos ist, ob er schon bei dem Abschluß des Vertrages vorhanden war.

1) Oertmann zu § 539, Nr. 4. Staudinger II, 2 zu § 539, Nr. III. Tumpowsky S. 109d.
2) Motive II, S. 216. Fuld S. 71. Tumpowsky, S. 111.
3) Tumpowsky S. 107.
4) Protokolle II, S. 133.

Wenn der Mieter die Sache in grobfahrlässiger Unkenntnis des Mangels annimmt, so schadet das in diesem Falle nichts; die Haftung des Vermieters bleibt bestehen.[1])

Nimmt der Mieter die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos an, und hat der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen, so hat dieses arglistige Verschweigen — ebenso wie oben[2]) bei Kenntnis des Mangels seitens des Mieters — keinen Einfluß. Die Haftung des Vermieters ist also aufgehoben. Dies Resultat ergibt sich aus der Erwägung, daß die Heranziehung der §§ 460, 464 im § 539 Satz 2 zum Zwecke der parallelen Regelung des Ausschlusses der Mängelrechte bei der Miete wie beim Kauf erfolgt ist, daß im Falle der Kenntnis des Käufers bei Annahme der Sache unbestritten seine Rechte auch bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers ausgeschlossen sind, und daß ja das arglistige Verschweigen zu der Kenntnis des Mieters gar keine Beziehung hat und diese ebenso wie im Falle zu *a*) gar nicht tangiert. Daß hier noch das Moment der vorbehaltlosen Annahme dazu kommt, kann daran nichts ändern.[3])

Trotz vorbehaltloser Annahme in Kenntnis des Mangels bleibt auch dem Mieter das sofortige Kündigungsrecht aus § 544 erhalten, denn dieses wird ja nicht einmal durch ausdrücklichen Verzicht seitens des Mieters beseitigt.[4])

Beweislast.

Der Vermieter hat die Kenntnis des Mieters von dem Mangel und die Annahme der Mietsache durch den Mieter zu beweisen.[5]) Dem gegenüber hat der Mieter den Beweis dafür zu erbringen, daß er sich seine Rechte bei der Annahme der Mietsache vorbehalten habe. — Für offenkundige Mängel, das sind solche, die bei der Besichtigung der Mietsache sofort entdeckt werden mußten, gilt bezüglich der Verteilung der Beweislast das Gleiche, da das Gesetz eine Vermutung, daß der Mieter solche Mängel gekannt habe, nicht aufstellt.[6])

b) Ausschluss der Haftung des Vermieters bei Mängeln, die sich erst im Laufe der Mietzeit zeigen.

Zeigen sich Mängel der Mietsache erst im Laufe der Mietzeit, so kennt das Gesetz nur einen Ausschließungsgrund für

1) Mittelstein S. 107 e; Tumpowsky S. 107; Oertmann zu § 539, 1 c.
2) Oben Seite 65|66
3) Tumpowsky S. 108. Jetzt auch Oertmann zu § 539, Nr. 2, gegen die frühere Ansicht.
4) Goldmann-Lilienthal I, § 154, Nr. VII, Anm. 33; S. 356.
5) Planck II, zu § 464, Nr. 1 c, Abs. 2. Tumpowsky S. 109.
6) Tumpowsky S. 109. Fuld S. 71.

die Haftung des Vermieters, und die Verletzung der im § 545 normierten Anzeigepflicht des Mieters.

§ 545 lautet:

„Zeigt sich im Laufe der Miete ein Mangel der gemieteten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Mieter dem Vermieter unverzüglich Anzeige zu machen. Das Gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt.

Unterläßt der Mieter die Anzeige, so ist er zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet; er ist, soweit der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige Abhilfe zu schaffen außerstande war, nicht berechtigt, die in § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen oder nach § 542, Abs. 1, Satz 3 ohne Bestimmung einer Frist zu kündigen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen."

Da der Paragraph, wie seine allgemeine Fassung und sein Charakter als Ausfluß der Obhutspflicht des Mieters[1]) ergibt, nicht nur die nach den §§ 537/538 erheblichen Fehler meint, sondern alle Sachmängel der Mietsache, mögen sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen oder nicht,[2]) so kommt er hier nur insoweit in Betracht, als es sich um einen Mangel handelt, der den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache beeinträchtigt.

Zu bemerken ist ferner, daß eine nicht vorhergesehene Gefahr unter Umständen ihren Grund auch in einem mangelhaften Zustand der Sache haben kann, wie in einem außerhalb der Sache liegenden Mangel; sie wird demnach unter Umständen auch als Mangel der Sache aufgefaßt werden können.[3])

Was die Störung durch dritte Personen angeht, so fallen sowohl Mängel im Rechte als auch unberechtigte Eingriffe Dritter unter diesen Paragraphen. Das ergibt sich aus der allgemeinen Fassung des Satz 2 des Abs. 1 von § 545, aus den Worten: „wenn ein Dritter sich Rechte an der Sache anmaßt"; ob er hierzu berechtigt ist oder nicht, ist gleichgültig.

Zeigt sich nun im Laufe der Mietzeit ein Mangel, so ist der Mieter zur unverzüglichen Anzeige an den Vermieter verpflichtet.

Die Anzeige selbst ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung. Als eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist sie

---

1) Motive II, S. 400.
2) Oertmann zu § 545, Nr. 1a. Tumpowsky S. 113.
3) Fuld S. 102; Tumpowsky S. 114.

wohl nicht aufzufassen, sondern vielmehr als eine Erklärung tatsächlicher Art; doch dürften auf sie wohl, ebenso wie auf viele andere Erklärungen tatsächlicher Art die §§ 150 ff BGB. entsprechende Anwendung finden.[1])

Die Anzeige an den Vermieter muß unverzüglich, d. h. nach der Legaldefinition des § 111 BGB., ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Und zwar darf der Mieter nicht nur von der Entdeckung des Mangels, sondern von dem Augenblick ab, wo der Mangel sich zeigt, mit der Anzeige nicht schuldhaft zögern.[2]) Wenn er nun auch nicht verpflichtet ist, nach Mängeln zu forschen, so hängt andrerseits die Verpflichtung zur Anzeige nicht von seiner Kenntnis ab.[3]) Es wird also gegebenfalls auch eine nur fahrlässige Unkenntnis von dem offensichtlichen und bei der nötigen Aufmerksamkeit sofort zu entdeckenden Mangel einer Verletzung der Anzeigepflicht des Mieters enthalten.[4]) Verstößt nun der Mieter gegen diese ihm auferlegte Anzeigepflicht, so hat die Verletzung die Wirkung, daß der Mieter seine Mängelrechte verliert, soweit der Vermieter gerade infolge der Unterlassung der Anzeige verhindert war, Abhilfe zu schaffen. Wäre die Abhilfe auch trotz der Anzeige unmöglich gewesen, so bleibt der Vermieter, auch bei Unterlassung der Anzeige durch den Mieter, verhaftet.

Für das sofortige Kündigungsrecht aus § 542 hat die Unterlassung der Anzeige die Bedeutung, daß der Mieter niemals berechtigt ist zu kündigen, ohne dem Vermieter eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt zu haben, und zwar auch dann nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes kein Interesse für ihn hat. Das ergibt sich aus der ausdrücklichen Verweisung des § 545, Abs. 2 auf den § 542, Abs. 1, Satz 3.[5]) Das Recht des Mieters, trotz Verletzung der Anzeigepflicht dem Vermieter eine angemessene Frist zu setzen und dann zu kündigen, kann jedoch nicht, wie Mittelstein will,[6]) daraus hergeleitet werden, daß der Mieter mit der Fristsetzung ja die Anzeige mache, denn § 545 spricht ausdrücklich von „unverzüglicher“ Anzeige.[7])

1) Oertmann zu § 545, Nr. 2. Fischer-Henle, Anmerkungen vor § 104. Abweichend anscheinend Goldmann-Lilienthal I, § 155, Nr. 1V, 4 S. 563.

2) Oertmann a. a. O.

3) Goldmann-Lilienthal I, § 155, Nr. III, 1 S. 562.

4) Tumpowsky S. 115. Oertmann zu § 545 Nr. 2.

5) Derselben Ansicht Planck II, zu § 545, Nr. 3; Tumpowsky S. 115. Goldmann - Lilienthal I, § 155, Nr. III, 6, S. 563.

6) Mittelstein S. 120.

7) So auch Tumpowsky S. 116.

Unverständlich ist es m. E., wenn Oertmann[1]) und Fuld[2]) behaupten, daß die Verletzung der Anzeigepflicht für den Mieter die Folge habe, daß er das fristlose Kündigungsrecht gegen den Vermieter nicht mehr geltend machen könne. Für die Annahme eines derartigen, völligen Ausschlusses bietet das Gesetz jedenfalls keine Anhaltspunkte.

Ausnahmen von dieser Regelung.

a) Stellung des § 544 BGB.

Bestritten ist die Frage, ob der Mieter auch bei dem sofortigen Kündigungsrechte aus § 544 zur unverzüglichen Anzeige des Mangels verpflichtet sei.

Es lassen sich hier drei Meinungen unterscheiden:

Das sofortige Kündigungsrecht wird durch die Unterlassung der Anzeige des Mieters ausgeschlossen.[3])

Der Mieter ist zur Anzeige verpflichtet. Das sofortige Kündigungsrecht wird jedoch durch die Unterlassung nicht berührt; dafür ergeben sich andere Konsequenzen für den Mieter.[4])

Der Mieter ist zur Anzeige überhaupt nicht verpflichtet.[5])

Ich möchte mich der zweiten Ansicht anschließen, und zwar aus folgenden Gründen:

Aus der Stellung des § 545 am Schlusse sämtlicher Mängelrechte und aus seiner Fassung, insbesondere den Worten: „zeigt sich ein Mangel der gemieteten Sache . . .," ergibt sich, daß die hier statuierte Pflicht zur Anzeige auch auf das sofortige Kündigungsrecht aus § 544 Anwendung finden soll.

Die Folgen der Unterlassung dieser Anzeigepflicht werden im Abs. 2 des § 545 normiert.

Hier ist zunächst im ersten Halbsatz ganz allgemein festgesetzt, daß der Mieter zum Ersatze des durch die Unterlassung entstehenden Schadens verpflichtet ist, — eine Verpflichtung, die hier nicht weiter interessiert, und die nur zum Verständnis der Tendenz des Paragraphen erwähnt wird —, und zwar ist der Mieter zum Schadensersatze in allen Fällen verpflichtet.

---

1) Oertmann zu § 545, Nr. 3b.

2) Fuld S. 64.

3) Oertmann zu § 544, Nr. 6b. Mittelstein, S. 123|24: der Mieter müsse erst eine angemessene Frist setzen.

4) Goldmann-Lilienthal I, § 155, Nr. III, 6 Anm. 35. Planck II, zu § 544, Nr. 3d; Staudinger II, 2 zu § 544, Nr. III, 4; Cosack I, § 135, Nr. III, 1d, S. 480. Rsprech. der OLG. II, S. 382. OLG. Hamburg, Urt. vom 18. III. 1901.

5) Fuld S. 76.

Sodann folgt als weitere Konsequenz der Ausschluß gewisser, dem Mieter zustehenden Mängelrechte. Hierbei ist aber das sofortige Kündigungsrecht aus § 544 nicht mit erwähnt. Daraus ist die Folgerung zu ziehen, daß dieses durch die Unterlassung der Anzeigepflicht nicht mit betroffen wird. Daß der Mieter daneben zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet bleibt, ist m. E. nicht, wie Oertmann meint,[1]) ein unzulässiges Ergebnis, sondern vielmehr eine durchaus glückliche Lösung, da einerseits dem Mieter nicht zugemutet werden kann, in einer gesundheitsschädlichen Wohnung zu bleiben, da aber andererseits dem Vermieter wegen seines Schadens naturgemäß ein Äquivalent werden muß. Da nun der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht in der Naturalrestitution, sondern in Geldleistung besteht,[2]) so liegen weitere Bedenken nicht vor.

β) Weitere Ausnahmen.

Die Mängelrechte bleiben nun aber dem Mieter trotz Unterlassung der Anzeige erhalten, wenn der Vermieter den Mangel, die Gefahr oder die Prätension des Rechtes kennt oder infolge von grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Dieses Resultat ergibt sich einmal aus dem Grundsatze von Treu und Glauben (§ 242 BGB.), ferner aus dem Prinzip des konkurrierenden Verschuldens[3]) (§ 254 BGB.).

Ebenso bleiben dem Mieter seine Rechte erhalten, wenn er physisch oder psychisch nicht in der Lage war, die Anzeige zu erstatten.[4])

Beweislast.

Während die herrschende Meinung die Beweislast in der Weise verteilt, daß der Vermieter zu beweisen habe, daß und zu welcher Zeit der Mangel dem Mieter bekannt gewesen sei, oder daß er ihm infolge von Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei,[5]) steht Goldmann-Lilienthal[6]) auf dem Standpunkt, der Vermieter habe nur darzutun, daß der Mangel sich gezeigt habe. Diese Ansicht ist m. E. zutreffend, da sie dem Wortlaute des § 545 Satz 1 entspricht und sich mit den oben gemachten Aus-

1) Oertmann zu § 544, Nr. 6b
2) Vergl. oben S. 35|36.
3) Motive II, S. 401; Tumpowsky S. 117. Oertmann zu § 545, Nr. 4. Fuld S. 103,
4) Staudinger II, 2 zu § 545, Nr. III, 3a. Fuld S. 103 β; Tumpowsky S. 117.
5) So Planck II, zu § 545, Nr. 4. Oertmann zu § 545, Nr. 5. Tumpowsky S. 117. Mittelstein S. 132.
6) Goldmann-Lilienthal I, § 155, Nr. III, 1, Anm. 32, S. 562|563.

führungen deckt, daß es nämlich nicht auf den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels durch den Mieter ankomme, sondern auf den Zeitpunkt, in dem sich der Mangel gezeigt habe, und daß von diesem Augenblicke an der Mieter mit der Anzeige nicht schuldhaft zögern dürfe.

Der Mieter hat demgegenüber zu beweisen, daß er die Anzeige rechtzeitig erstattet habe, oder daß er dazu außerstande war, oder daß der Vermieter von dem Mangel Kenntnis erlangt habe oder seine Unkenntnis durch grobe Fahrlässigkeit verursacht gewesen sei.